



HAL
open science

Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott

Robin Medard Inghilterra

► To cite this version:

Robin Medard Inghilterra. Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott. Elsa Fondimare; Robin Medard Inghilterra. Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants, vol. 187, IFJD, pp.121-157, 2023, Colloques & essais, 978-2-37032-392-7. hal-04317086

HAL Id: hal-04317086

<https://hal.science/hal-04317086v1>

Submitted on 23 Feb 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les discours et les choix ‘discriminatoires’ du consommateur : réflexions autour du boycott

Robin Medard Inghilterra

Maître de conférences à l’Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (ISJPS –
UMR 8103)

En 1880, à Ballinrobe, au cœur du comté de Mayo (Irlande), Charles Cunningham Boycott, ancien capitaine de l’armée britannique, est chargé de la gestion des terres du Lord Erne qui officie comme membre du Parlement à Londres. La période est caractérisée par la guerre agraire et les métayers irlandais, conduits par la *Land League*, militent pour une réforme reposant sur trois piliers : « *Fair rent, fixity of tenure, and free sale of the right of occupancy* »¹. Après une récolte désastreuse, ils demandent au Lord Erne une baisse d’un quart du prix des loyers, requête qui est rejetée. Le capitaine Boycott, administrateur des terres, entame en conséquence des procédures d’expulsion forcée des mauvais payeurs. En réaction, les paysans et la *Land League* engagent à son encontre une vaste opération de marginalisation en lui refusant tout concours et en orchestrant un défaut de coopération à son égard. Voici comment l’évènement est relaté dans la rubrique « *Correspondance anglaise* » du journal *Le Figaro*, le 17 novembre 1880 : « *Le capitaine Boycott fut mis en interdit absolu, aucun ouvrier ne consentit à travailler pour lui, aucun marchand ne voulut lui vendre la moindre provision* »². S’ensuivit un isolement complet, un défaut d’approvisionnement, une désertion des travailleurs auparavant engagés à son service, et une impossibilité consécutive d’assurer, seul, l’exploitation des terres qui lui étaient confiées. Le correspondant anglais du *Figaro* conclut : « *Il est, dans tous les cas, entièrement ruiné, car, on conçoit aisément qu’une récolte de pommes de terre ou de navets, opérée dans de pareilles conditions, est peu productive* »³. Cet « *incident Boycott* »⁴ fournit la sémantique à une pratique plus large, sur laquelle porte la présente contribution.

Le boycott peut être entendu de manière générique comme « *une concentration systématique d’actions individuelles et volontaires conduisant au refus d’entretenir une relation (commerciale, politique, culturelle, sportive, diplomatique ou encore académique) avec un tiers (collectivité,*

¹ « Land League. Irish agrarian organization », *Britannica* [<https://www.britannica.com/topic/Land-League>].

² Théodore JOHNSON, « Correspondance anglaise », *Le Figaro*, 17 novembre 1880, p. 4 [<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k277652b/f4.item>].

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

entreprise, État, etc.) en vue d'exercer sur lui une pression »⁵. Il peut se développer dans différents cadres : au niveau étatique, bien sûr, où le terme de boycott cède le pas à celui d'embargo ; au niveau des groupements, d'acheteurs ou de syndicats, et des entreprises, pour lequel nous préférons – avec d'autres – le terme de boycottage⁶ ; au niveau citoyen, enfin, sur lequel nous entendons plus spécifiquement concentrer l'analyse. Ce séquençage apparaît d'autant plus nécessaire que les enjeux diffèrent amplement en fonction de la pratique visée, tant du point de vue de la légalité que de la légitimité. Les ressorts sont également distincts. L'embargo se noue au cœur des relations internationales des États. Il procède du libre exercice de la souveraineté mais se trouve en partie contraint par le respect du droit international⁷. Le boycottage répond historiquement à des préoccupations autres que les relations internationales. Il peut être suscité par des pratiques commerciales considérées comme agressives, telle la vente d'un journal ou de produits de consommation à des prix inférieurs au marché, qui justifie une réaction des opérateurs économiques (e.g. dans les années 60, boycottage par des syndicats de commerçants de détail des centres Édouard Leclerc)⁸. Fréquemment motivée par des considérations financières plus que politiques, cette pratique, qui peut reposer sur l'entente, est, quant à elle, régie par le droit des relations économiques, tel que le droit de la concurrence, le droit commercial ou encore le droit des contrats. Quant au boycott, au sens strict, il peut cibler une personne physique autant qu'une personne morale, non souveraine (e.g. entreprise) ou souveraine (i.e. État). Il s'est principalement manifesté par le biais du comportement des usagers d'un service ou des consommateurs d'un bien. Il s'agit en somme d'un exercice de la liberté individuelle qui porte « tentative d'une ou plusieurs parties d'atteindre des objectifs en poussant des consommateurs individuels à s'abstenir de faire certaines acquisitions dans le marché »⁹. Ces abstentions d'achat sont fréquemment accompagnées de divers modes de protestation, qualifiés de « tactiques d'accompagnement »¹⁰, notamment aux fins de médiatisation (rassemblements, stands d'information, port de badges et autocollants...), qui inscrivent le boycott dans le cadre d'une véritable campagne¹¹.

Plusieurs campagnes historiques de boycott peuvent être mentionnées à titre d'illustration. Les plus renommées procédaient de mouvements civiques visant l'égalité des droits et la lutte contre les

⁵ Ingrid NYSTRÖM & Patricia VENDRAMIN, *Le boycott*, Presses de Science Po, 2015, p. 10.

⁶ Berthold GOLDMAN, « Boycottage », *Encyclopaedia Universalis*, [<http://www.universalis-edu.com/faraway.parisnanterre.fr/encyclopedie/boycottage/>]. V. surtout le « boycottage d'entreprise ».

⁷ E.g. art. 41 de la Charte des Nations Unies : « Le Conseil de sécurité peut décider quelles mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être prises pour donner effet à ses décisions, et peut inviter les Membres des Nations Unies à appliquer ces mesures. Celles-ci peuvent comprendre l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radioélectriques et des autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques ».

⁸ Berthold GOLDMAN, « Boycottage », art. cit. (n. 6).

⁹ Monroe FRIEDMAN, *Consumer Boycotts. Effective Change Through the Marketplace and the Media*, Routledge, 1999, p. 4, tel que traduit et cite in Philip BALSIGER, « Boycott », in *Dictionnaire des mouvements sociaux*, 2020, p. 88.

¹⁰ James JASPER, *The Art of Moral Protest*, University of Chicago Press, 1997, p. 256.

¹¹ Philip BALSIGER, art. cit. (n. 9), p. 88-89.

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

discriminations raciales, et étaient caractérisées par une résistance passive des participants. Il en va ainsi du boycott du textile en Inde dès les années 20 dans une perspective indépendantiste, pour protester contre l'économie et les lois coloniales imposées par la puissance occupante britannique. Le boycott des bus publics à Montgomery aux États-Unis de 1955 à 1956, consécutif à l'arrestation de Rosa Parks, s'inscrivait encore dans cette logique de dénonciation des politiques raciales, en l'occurrence la ségrégation dans les transports publics. Il y fut mis un terme par la décision *Browder v. Gayle*¹². L'Afrique du Sud fut à son tour ciblée durant plusieurs années dans le cadre d'une campagne internationale particulièrement soutenue, marquant une opposition résolue au régime d'*apartheid*. Ces différentes luttes ont considérablement inspiré le lancement au début du XXIe siècle de la campagne « BDS » (Boycott, Désinvestissement, Sanction) qui cible la colonisation et le régime d'*apartheid*¹³ instauré dans les Territoires palestiniens occupés.

Le 9 juillet 2005, à l'occasion du premier anniversaire de l'avis consultatif de la Cour internationale de justice relatif aux conséquences juridiques de l'édification d'un mur en Territoires palestiniens occupés¹⁴, 171 organisations palestiniennes lançaient ainsi un appel international à la société civile. Cet appel visait à « *imposer de larges boycotts et à mettre en application des initiatives de retrait d'investissement contre Israël tels que ceux appliqués à l'Afrique du Sud à l'époque de l'Apartheid* » ainsi qu'à « *faire pression sur [les] États [de la communauté internationale] afin qu'ils appliquent des embargos et des sanctions* »¹⁵. Les organisations signataires de l'appel sollicitaient le maintien de ces « *mesures de sanction non violentes* »¹⁶ jusqu'à ce que soient reconnus le droit à l'autodétermination des Palestiniens et le respect du droit international, principalement en ce qui concerne les trois éléments suivants : la fin de l'occupation et de la colonisation des Territoires palestiniens occupés, conformément à la Résolution 242 du Conseil de sécurité des Nations Unies¹⁷, ainsi que le démantèlement du mur tel que préconisé par la Cour internationale de justice¹⁸ ; la reconnaissance des droits fondamentaux des Arabo-Palestiniens d'Israël et, en premier lieu, la reconnaissance du droit à l'égalité de traitement ; le respect du « *droit au retour* » des réfugiés palestiniens, conformément à la résolution 194 de l'Assemblée générale des Nations Unies¹⁹. C'est en écho à cet appel que, en France comme ailleurs, des

¹² *Browder v. Gayle*, 142 F. Supp. 707 (M.D. Ala. 1956).

¹³ Pour une approche juridique du terme, v. art. 2 de la Convention internationale pour l'élimination et la répression du crime d'apartheid du 30 novembre 1973 et art. 7, 1. j) et 2. h) du Statut de Rome du 17 juillet 1998.

¹⁴ Cour internationale de justice, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, rec. 2004, p. 136.

¹⁵ BDS Movement, Freedom, Justice, Equality, « Appel de la société civile palestinienne. Appel aux boycotts, aux sanctions et aux retraits des investissements contre Israël jusqu'à ce qu'il applique le droit international et les principes universels des droits de l'homme », 9 juillet 2005.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ V. pt. 1 de la Résolution 242 du Conseil de sécurité de l'ONU, 22 novembre 1967.

¹⁸ V. le dispositif de la Cour internationale de justice, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, rec. 2004, p. 69-70.

¹⁹ V. pt. 11 de la Résolution 194 de l'Assemblée générale de l'ONU, 11 décembre 1948.

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

militants organisent des manifestations, notamment dans des établissements de grande distribution, pour appeler les consommateurs à s’abstenir d’acheter certaines marchandises en provenance d’Israël ou des colonies illégalement implantées en Cisjordanie²⁰.

Ces discours, qui traduisent indubitablement l’expression d’une préférence en matière de consommation, furent sanctionnés à de multiples reprises en France. La présente contribution souhaite à cet égard analyser la mobilisation de deux qualifications juridiques afin de condamner des citoyens et militants prenant part à des pratiques de boycott : d’une part, celle de discrimination économique, énoncée à l’article 225-2 du Code pénal ; d’autre part, celle de provocation à la discrimination, mentionnée à l’article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Les condamnations prononcées sur ces deux fondements interpellent. Elles permettent de s’interroger sur les modalités et les conséquences de l’extension à l’espace de la consommation du droit de la non-discrimination et de ses « dérivés », ici, l’infraction de provocation à la discrimination. La sanction pénale des boycotts et des appels au boycott, largement indissociables et parfois qualifiés de *primary* et *secondary boycotts*, repose à l’évidence sur une primauté admise de la non-discrimination, en tant que force régulatrice, sur la liberté d’expression des militants et la liberté de conscience des consommateurs. Éprouver les réponses formulées par les juridictions répressives à ce conflit de droits fondamentaux impose de saisir deux enjeux centraux. Le premier est relatif à la conciliation opérée entre la non-discrimination et la liberté. Le second tient à l’appréhension même du boycott sous l’angle de la discrimination.

L’opportunité de la démarche est renforcée par le fait que, bien que la jurisprudence ait été développée à partir d’un contentieux singulier concentré sur la campagne BDS ci-dessus évoquée, la loi pénale n’en demeure pas moins générale. Or, le processus de mondialisation doublé de l’explosion des discours numériques et de la centralité de l’acte de consommation dans les sociétés modernes tend à décupler la fréquence des appels au boycott²¹. Les menaces économiques et réputationnelles²² que représentent les abstentions d’achat et les discours qui les entourent pèsent de manière croissante sur diverses organisations étatiques et commerciales, ciblées et interpellées aux motifs de considérations éthiques, juridiques ou climatiques²³. Ce contexte renforce la nécessité d’une pesée méticuleuse des enjeux en présence.

²⁰ En ce sens, v. les récentes lignes directrices adoptées par la Commission européenne : C(2015)7834 « Interpretative Notice on indication of origin of goods from the territories occupied by Israel since June 1967 ». Celles-ci visent à promouvoir un étiquetage spécifique pour les produits en provenance des colonies illégalement implantées en Territoires palestiniens occupés – qui, jusque-là, peuvent bénéficier d’un étiquetage identique aux produits en provenance du territoire de l’État d’Israël.

²¹ En ce sens, Suzanne MAKAREM & Haeran JAE, « Consumer Boycott Behavior : An Exploratory Analysis of Twitter Feeds », *Journal of Consumer Affairs*, vol. 50, n° 1, 2016, p. 193-223.

²² Philip BALSIGER, art. cit. (n. 9), p. 89.

²³ En ce sens, v. la plateforme I-Boycott [<https://www.i-boycott.org/>].

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

À ce titre, s’il est établi que la non-discrimination peut ponctuellement prendre le pas sur la liberté d’expression, la tension n’est dénouée qu’au prix d’un contrôle de proportionnalité rigoureux, lequel procède d’une appréciation guidée par divers critères plus ou moins objectifs. Parmi eux, figurent les buts poursuivis par le discours, les motifs de celui-ci, son intégration au sein d’un débat public d’intérêt général, l’identité de l’auteur du propos litigieux, ou encore le lieu d’énonciation²⁴. En matière d’appel au boycott, les juridictions pénales semblent se départir de ces critères. À certains égards, la rigueur semble également fuir le juge pénal lorsque celui-ci appose la qualification de discrimination aux actes de boycott. Il importe en conséquence de retracer en détail le processus jurisprudentiel qui a conduit à la pénalisation du boycott et de l’appel au boycott **(I)** pour, à terme, envisager les tensions entre libertés et non-discrimination ainsi que les enjeux impensés qui accompagnent cette pénalisation **(II)**.

I. L’illégalité de certaines préférences en matière de consommation : fondements légaux et jurisprudentiels

La complexité du contentieux pénal relatif aux pratiques de boycott tient en premier lieu à la diversité des situations appréhendées. Afin de décrypter le mouvement jurisprudentiel de pénalisation de ces pratiques, il nous apparaît préférable d’en dévoiler les racines, puis les ramifications. Cela nous conduit à distinguer deux types de situations. Le premier est relatif aux *actes avérés de boycott* qui ont pu être directement sanctionnés et le plus souvent qualifiés de discriminations – en ce qu’ils constituaient, selon les juridictions, une entrave à l’activité économique des producteurs en raison de leur origine nationale **(A)**. Ce premier temps jurisprudentiel, qui portait en lui les germes d’interprétations extensives en partie problématiques, a fleuri. Il a, par poussées successives, élargi son emprise à un second type de situations, éminemment différentes, à savoir les *appels au boycott*. Ces derniers ont été saisis, plus récemment, par l’entremise de la qualification de provocation à la discrimination **(B)**.

A. Une sanction directe de pratiques spécifiques et avérées de boycott

Plus spécifiquement, au titre du premier type de situations évoqué, trois pratiques de boycott *lato sensu* doivent particulièrement être mises en avant en ce qu’elles furent – ou aurait dû être pour l’une d’entre elles – directement appréhendées par le biais de l’article 225-2 du Code pénal qui énonce

²⁴ Cf. la contribution d’Elsa Fondimare *in* ce volume.

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

l’interdiction de la discrimination économique en droit français. Ces pratiques, dont se sont saisies les juridictions, correspondent moins à des *appels au boycott* qu’à des *actes avérés de boycott, boycottage ou embargo* susceptibles de caractériser une « entrave ». Sont ici concernées tant les actions des acteurs économiques professionnels du commerce international (1) que celles des militants politiques (2) ou encore des élus (3).

1. *Boycottage dans le cadre du commerce international*

La première condamnation pour discrimination économique en France²⁵ concernait la pratique commerciale d’une entreprise française spécialisée dans la construction de machines de décoration de vaisselles en Haute-Vienne. La Cour de cassation a ainsi eu à se prononcer sur la légalité à la fois d’un certificat d’origine, qui attestait l’absence de tout matériau, composant industriel et main-d’œuvre israéliens dans le processus de fabrication des marchandises, et d’un certificat de transport qui écartait toute sollicitation d’un transporteur israélien et excluait tout transit par Israël. Ces deux documents avaient été sollicités par le client de l’entreprise, dans un contexte spécifique caractérisé par un regain des tensions entre Israël et les Émirats arabes unis, pays destinataire de la livraison. Surtout, les documents avaient été visés par le directeur de la chambre de commerce et d’industrie (CCI) et s’inscrivaient dans le cadre des recommandations du ministère de l’Industrie et du Commerce extérieur français, lequel acceptait et encourageait ces pratiques par voie de circulaires²⁶. Il s’agissait en conséquence moins de l’expression d’une préférence de l’entreprise mise en cause que d’une clause contractuelle exigée par l’acheteur, assurant garantie de paiement.

Le tribunal correctionnel de Limoges conclut néanmoins en première instance à l’existence d’une discrimination « raciale », au sens de l’article 225-2 du Code pénal, caractérisée par l’existence d’une entrave à l’exercice normal de l’activité économique des producteurs et fournisseurs israéliens. La cour d’appel de Limoge, à l’inverse, relaxa le prévenu aux motifs que « *le fait d’attester que les produits sont uniquement et exclusivement d’origine française ne saurait en soi constituer une discrimination* » eu égard au certificat d’origine ; que le certificat de transport répondait, lui, à une nécessité impérieuse de satisfaire aux exigences de l’acheteur, exonérant ainsi l’entreprise de sa responsabilité pénale²⁷ ; que la discrimination économique ne saurait au demeurant être caractérisée dans le contexte du conflit israélo-

²⁵ Pour une relaxe, v. auparavant Cass. crim., 21 novembre 1994, n° 93-84.384.

²⁶ Circulaires du 10 juillet 1992 et du 24 octobre 1992.

²⁷ Au titre de l’art. 122-3 du Code pénal : « *N’est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu’elle n’était pas en mesure d’éviter, pouvoir légitimement accomplir l’acte* ».

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

arabe perturbant les conditions du commerce international²⁸, dès lors que l’article 225-2 se réfère à « *l’entrave à l’exercice normal d’une activité économique* »²⁹ ; que l’erreur de droit, à la supposer établie, était quoi qu’il en soit insurmontable en ce qu’elle avait été provoquée par les circulaires du ministre qui invitaient les CCI à entériner les certificats de transports dans ce contexte commercial inhabituel. Sur ce dernier point, l’article 32 de la loi du 7 juin 1977 portant diverses dispositions d’ordre économique et financier précise, en effet, que « *les dispositions des articles 225-2 et 432-7 du Code pénal [qui énoncent l’interdiction de la discrimination économique] ne sont pas applicables lorsque les faits visés dans ces articles sont conformes à des directives du Gouvernement prises dans le cadre de sa politique économique et commerciale* »³⁰.

S’ensuivit un long bras de fer entre la Cour de cassation et plusieurs cours d’appel. La première cassa l’arrêt de la cour d’appel de Limoges en 2004 pour défaut de démonstration suffisante de l’état de nécessité comme du caractère invincible de l’erreur de droit³¹. Sur renvoi, la cour d’appel de Paris relaxa à son tour les prévenus après avoir retenu une interprétation stricte de la loi pénale et après avoir constaté que la situation d’embargo réciproque entre Israël et la quasi-totalité des États de la Ligue arabe ne pouvait caractériser un exercice « *normal* » des activités économiques liées au commerce international, « *aussi bien pour les acteurs économiques des États en conflit que pour ceux des pays tiers* ». En 2007, la chambre criminelle cassa à nouveau l’arrêt rendu en appel, après avoir retenu qu’une discrimination économique « *ne peut être justifiée par l’existence d’un boycott irrégulier que l’article 225-2, 2°, du Code pénal a pour but de sanctionner* »³², sans démontrer toutefois en quoi les circulaires ministérielles et les pratiques auxquelles elles se référaient étaient constitutives d’un tel boycott irrégulier. La cour d’appel de Bordeaux, statuant une fois de plus sur renvoi, retint quant à elle la matérialité de l’infraction, mais conclut à l’irresponsabilité pénale, l’infraction ayant selon elle été commise sur recommandation expresse du ministre. Pour la chambre criminelle, qui prononça une troisième cassation en 2010 dans cette affaire, la cour d’appel ne démontrait pas suffisamment en quoi les prévenus, « *professionnels avertis des activités de commerce international* », avaient, pour se prévaloir de cette irresponsabilité pénale, effectivement vérifié « *la nature et la portée des normes applicables* » avant d’y déroger³³.

²⁸ Il était notamment fait référence à la nécessité de contrôler les risques de mise sous séquestre et de confiscation de la marchandise en cas de transit par Israël.

²⁹ L’art. 32 de la loi n° 77-754 du 7 juin 1977 portant diverses dispositions d’ordre économique et financier, créant l’ancien art. 416-1 du Code pénal, précisait : « *Les peines énoncées à l’article 416 sont également applicables à quiconque aura, par son action ou son omission, et sauf motif légitime, contribué à rendre plus difficile l’exercice d’une quelconque activité économique dans des conditions normales* » (nous soulignons).

³⁰ Sur cette exclusion volontaire de responsabilité, v. JORF, mardi 17 mai 1977, n° 29 S, p. 970.

³¹ Cass. crim., 9 novembre 2004, n° 03-87.444.

³² Cass. crim., 18 décembre 2007, n° 06-82-245.

³³ Cass. crim., 26 mai 2010, n° 09-85.873.

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

En définitive, cette première saga judiciaire laisse place à trois enseignements majeurs qui esquissent autant de limites à l’application de l’article 225-2, 2°, du Code pénal. Le premier porte sur le champ d’application initial de la disposition. Celle-ci fut adoptée en juin 1977 afin de sanctionner les boycottages irréguliers en matière de commerce international, et c’est en ce sens qu’elle fut initialement appliquée par la Cour de cassation, comme par la HALDE³⁴. Les débats parlementaires laissent néanmoins percevoir une volonté claire du législateur de permettre des pratiques d’embargo au niveau étatique, notamment à l’encontre de la Rhodésie et de l’Afrique du Sud en défense de la « *morale internationale* »³⁵. Sont donc visés par le Code pénal les boycottages *irréguliers* et *avérés* qui se manifestent par *des actes positifs* (e.g. certificat de transport) dans le cadre du *commerce international*³⁶. Sous ces réserves, essentielles, le non-recours à des biens et services peut caractériser l’infraction de discrimination économique. Le deuxième apport concerne l’existence d’un conflit d’interprétation majeur relatif à ce qui constitue l’exercice *normal* d’une activité économique – auparavant, l’exercice d’une activité économique « *dans des conditions normales* ». À cet égard, la Cour de cassation semble avoir précocement admis une certaine largesse³⁷ quand les juridictions du fond s’en tenaient à une interprétation plus stricte de la loi pénale. Le troisième apport, enfin, est lié à l’opposabilité de l’article 225-2, 2°, conçu – ce que confirment les débats parlementaires – non pour être employé contre l’État ni même contre de simples consommateurs, mais pour régir les activités des *acteurs économiques professionnels* dans le cadre du commerce international³⁸. De ce point de vue, la jurisprudence subséquente permet d’acter une évolution notable.

2. Boycott militant manifesté par une soustraction à la vente des produits

Plus récemment, l’infraction de discrimination économique a, en effet, trouvé à s’appliquer non plus à l’égard d’acteurs économiques professionnels, mais de militants associatifs investis dans le cadre de la campagne BDS (Boycott, Désinvestissement, Sanctions). Tel est le sens de décisions relatives à des militants qui avaient, lors de l’action litigieuse, incité la clientèle d’un Carrefour Market d’Alençon à ne

³⁴ V. not. HALDE, Délibération du 30 novembre 2009 : « *Par cette incrimination, issue de la loi n° 77-574 du 7 juin 1977, le législateur entendait lutter contre les pratiques de boycott économique dans le commerce international inspirées par des raisons politiques* ».

³⁵ JORF, mardi 30 novembre 1976, n° 115 AN, p. 8807-8808 ; JORF, mercredi 13 avril 1977, n° 16 S, p. 494 ; JORF, mardi 2 mai 1977, n° 32 AN, p. 2371 ; JORF, mardi 17 mai 1977, n° 29 S, p. 970-971 (« *il s’agit, au-delà de toute préoccupation commerciale, de permettre à la France de participer à une action internationale dirigée contre certains pays qui dérogeraient à la morale internationale et qui, de ce fait, mériteraient le boycott* ») ; JORF, vendredi 3 juin 1977, n° 48 AN, p. 3315-3316.

³⁶ En ce sens, v. surtout JORF, mardi 30 novembre 1976, n° 115 AN, p. 8807.

³⁷ Elle avait pourtant entériné par le passé l’appréciation de la cour d’appel d’Orléans qui avait estimé au sujet du conflit israélo-arabe que « *l’existence de ce conflit engendre le risque d’arraisonnement et de visite des navires neutres, ne rendant pas normales les conditions d’exercice de l’activité économique* » (Cass. crim., 21 novembre 1994, n° 93-84.384).

³⁸ En ce sens, v. *idem* ; JORF, 17 avril 1977, mercredi 13 avril 1977, n° 16 S, p. 493 (M. Pierre Giraud) ; JORF, mardi 17 mai 1977, n° 29 S, p. 969 (M. Jacques Thyraud).

pas acheter les produits en provenance d’Israël commercialisés par l’enseigne. Pancartes et banderoles avaient été déployées à cette fin. Surtout, quelques produits (avocats, jus d’orange, lingettes), ciblés pour avoir été fabriqués dans les Territoires palestiniens occupés, avaient été placés dans des chariots, conduisant le gérant de l’établissement à les retirer temporairement de la vente. Les témoignages comme le rapport de police attestaient le caractère pacifique de l’opération, l’absence de propos racistes ou antisémites, ainsi que l’instauration d’un dialogue apaisé entre les militants et le gérant de l’établissement.

La provocation à la discrimination (article 24 de la loi de 1881) et la discrimination économique (article 225-2, 2°, du Code pénal) avaient dans cette affaire été mobilisées conjointement par le parquet afin de poursuivre les prévenus sous ces deux chefs d’infraction, conçus de manière complémentaire. S’ensuivit un règlement du litige en quatre actes : une relaxe du chef de provocation à la discrimination doublée d’une condamnation pour discrimination économique en première instance par le tribunal correctionnel d’Alençon³⁹ ; une confirmation de ce jugement par la cour d’appel de Caen, quand bien même l’acte de poursuite ne faisait pas explicitement référence aux faits constitutifs de l’entrave⁴⁰ ; un refus de transmission au Conseil constitutionnel d’une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l’article 225-2, 2°, pour défaut de caractère sérieux, la disposition étant rédigée, selon la Cour de cassation, « *en des termes suffisamment clairs et précis pour exclure tout risque d’arbitraire* »⁴¹ ; une confirmation définitive de la condamnation par la chambre criminelle⁴². Après avoir rappelé qu’une « *discrimination en matière économique ne peut être justifiée par l’existence d’un boycott irrégulier que l’article 225-2, 2° [...] a pour but de sanctionner* », la Haute juridiction trancha définitivement deux points d’interprétation jusqu’alors particulièrement disputés.

La caractérisation de l’entrave était d’abord discutable. Pour les prévenus et leurs conseils, cette notion n’était pas définie précisément. Devait-elle être constatée exclusivement en cas d’empêchement d’une activité économique ? Pouvait-elle l’être plus simplement en cas de gêne occasionnée pour l’exercice de cette activité ? La Cour de cassation avait simplement considéré en 1994 qu’était visé par l’article 225-2, 2°, le fait de « *rendre plus difficile* » l’exercice d’une activité⁴³, posant ainsi une interprétation susceptible de s’avérer particulièrement extensive. Dans le cas d’espèce, pour les juridictions du fond comme pour la Cour de cassation, c’est le retrait à la vente des produits placés dans les caddies qui était principalement en cause⁴⁴. Dès lors, « *l’entrave est caractérisée puisque l’opération*

³⁹ TGI Alençon, 19 septembre 2013, n° 479/2013.

⁴⁰ CA Caen, 24 novembre 2014, n° 14/00235.

⁴¹ Cass. crim., 23 juin 2015, n° 14-88.355.

⁴² Cass. crim., 30 mars 2016, n° 14-88.355.

⁴³ Cass. crim., 21 novembre 1994, n° 93-84.384.

⁴⁴ En ce sens, Ghislain POISSONNIER, « Appels au boycott (produits israéliens) : entrave à l’exercice normal d’une activité économique », *D.*, 2015, p. 158.

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

a, au moins pendant un certain temps, empêché la vente normale des produits litigieux »⁴⁵. Nul besoin de démontrer que l’action des militants interdisait l’achat aux consommateurs ni même entraînait une baisse des commandes de l’enseigne auprès de ses fournisseurs. La soustraction – même temporaire – des produits à la vente était établie et suffisait pour retenir l’entrave.

Cette interprétation pourrait convaincre si elle n’était pas accompagnée d’une maladresse troublante relative à l’identité des victimes de l’infraction. Pour la Cour de cassation, celle-ci n’avait « *pas été commise envers une personne considérée individuellement, mais, notamment, envers les producteurs, non identifiés, des produits détournés temporairement de la vente dans le magasin* »⁴⁶. C’est donc l’activité des producteurs qui avait été entravée par la soustraction à la vente des biens au sein du Carrefour Market d’Alençon. Curieusement, cette position implique *ipso facto* de considérer que l’exercice « *normal* » de l’activité des producteurs englobe la revente aux consommateurs des marchandises, y compris lorsque cette commercialisation est effectuée par un tiers, enseigne de grande distribution, qui a acquis les produits et fait de leur revente le cœur de sa propre activité. La cour d’appel avait estimé en complément que l’État d’Israël était également victime de l’infraction, ce que la chambre criminelle n’a pas exclu entièrement⁴⁷. Plus inspiré, le tribunal correctionnel avait retenu, lui, que c’est l’enseigne de grande distribution qui subissait l’entrave. Nécessairement, deux solutions alternatives auraient dû surgir de ce constat lucide : la relaxe, considérant que l’entrave ne saurait être discriminatoire dès lors qu’elle n’est pas fondée sur l’origine nationale de la victime, ou bien la condamnation, à la condition que celle-ci soit soutenue par un raisonnement juridique plus abouti, à savoir la reconnaissance d’une discrimination par association⁴⁸ qui dissocierait opportunément la victime de l’entrave (*i.e.* Carrefour Market) et le porteur de la caractéristique qui l’avait motivée (*i.e.* l’origine des producteurs, en réalité le lieu de fabrication des produits). Cette dernière solution aurait pu trouver un ancrage – certes précaire – à l’alinéa 2 de l’article 225-1 du Code pénal⁴⁹.

Au bout du compte, la discrimination économique concerne des actes matériels avérés qui sont considérés comme irréguliers (*e.g.* certificat de transport). Au fil de la jurisprudence, elle étend néanmoins son emprise aux militants (*i.e.* boycott, au sens strict), au-delà des seuls acteurs économiques professionnels du commerce international (*i.e.* boycottage). Pour ce faire, la matérialité de l’infraction procède non du *discours* de ces derniers, mais de la *soustraction à la vente* des produits, acte avéré et

⁴⁵ Cass. crim., 30 mars 2016, n° 14-88.355.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ L’infraction étant commise « *notamment* » à l’encontre des producteurs. Cf. *ibidem*.

⁴⁸ Sur cette notion, v. Robin MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, LGDJ, 2022, p. 521-532.

⁴⁹ « *Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales sur le fondement de l’origine [...] des membres ou de certains membres de ces personnes morales* ». La considération des producteurs de marchandises commercialisées par l’enseigne de grande distribution comme des « *membres* » de cette enseigne apparaît néanmoins relever d’une interprétation extensive de la loi pénale.

constitutif de l’entrave. Deux confusions demeurent, cela dit, au regard de la motivation des juridictions judiciaires face au boycott citoyen. La première est liée à l’identité de la victime de l’infraction : la société commerçante, raisonnablement, ou les producteurs, invraisemblablement, ces derniers ne subissant pas l’entrave visée à l’exercice *normal* de leurs activités économiques. La seconde confusion tient au défaut d’articulation entre le motif de discrimination et la victime, seule susceptible de fonder la condamnation de l’acte de boycott au titre du Code pénal. À défaut de lien direct entre son origine nationale et l’acte réprimé, la discrimination par association pourrait éventuellement être considérée. À ces imprécisions, sur lesquelles repose l’extension de l’application de la discrimination économique au-delà de son périmètre initial, s’en est ajouté une nouvelle.

3. *Boycott par une institution publique sur décision d’un élu*

La mobilisation dans une autre affaire de la provocation à la discrimination (article 24 de la loi de 1881) pour sanctionner des actes relevant de l’article 225-2 du Code pénal a, en outre, amorcé une confusion dommageable des chefs d’infraction. Ce nouveau glissement avait surgi quelques années plus tôt. En l’espèce, le maire de la commune de Seclin avait annoncé au cours d’un conseil municipal, et en présence de journalistes, sa décision de boycotter à l’avenir certains produits en provenance d’Israël (jus de fruits). Cette décision était plus particulièrement applicable aux services de restauration relevant de la municipalité. Dans le contexte de la seconde *intifada*, elle traduisait pour le maire « *le refus d’aider économiquement le pouvoir militaire de Sharon dans ses pratiques de répression, d’invasion et d’occupations militaires* »⁵⁰. Des poursuites furent rapidement engagées à son encontre, non pour discrimination économique mais pour provocation à la discrimination au sens de la loi de 1881. Une relaxe fut d’abord prononcée par le tribunal correctionnel de Lille car le boycott visait des produits et non des personnes, ni même des producteurs précisément identifiés. Le procureur général sollicita alors au stade de l’appel une requalification des faits sous le chef de discrimination économique, sanctionnée pour les agents publics par l’article 432-7, 2°, du Code pénal, équivalent fonctionnel de l’article 225-2, 2°. En dépit de cette initiative, judicieuse, la condamnation prononcée par la cour d’appel de Douai le 11 septembre 2003 fut bien fondée sur l’article 24 de la loi de 1881 énonçant la provocation à la discrimination.

Si la chose peut paraître anecdotique, elle participe au contraire d’un glissement absolument décisif dans l’interprétation subséquemment retenue de la loi de 1881. En effet, en écartant la discrimination économique du Code pénal pour retenir la provocation à la discrimination de la loi de 1881, la cour

⁵⁰ V. Cass. crim., 28 septembre 2004, n° 03-87.450.

d’appel de Douai ouvrit la voie à la pénalisation des *discours* relatifs au boycott, et non plus seulement à la pénalisation des *actes positifs, matérialisés, de boycotts avérés* – dont nous avons déjà vu qu’ils pouvaient désormais émaner d’autres acteurs que les acteurs économiques professionnels du commerce international, pourtant seuls initialement visés. Cette brèche fut par ailleurs ouverte au prix de raccourcis stratégiques, d’égarements méthodologiques, et sans égards accordés aux conséquences prévisibles de la décision.

Du point de vue de la stratégie juridictionnelle, quelques errements méritent d’être soulignés. Il fallait notamment tordre le discours pour y voir une incitation au boycott adressée aux services municipaux. En réalité, si l’acte était bien matérialisé par une expression orale, et non écrite comme dans le cadre d’un certificat de transport, le discours était, *per se*, constitutif d’une décision de boycott. Il s’agissait moins d’un appel à la discrimination, laquelle aurait été imputable le cas échéant aux services municipaux donnant suite à l’appel, que d’une discrimination économique, directement imputable à un élu en position d’autorité, quand bien même cette décision impliquait-elle une injonction aux subordonnés d’agir en conformité. L’absence de mention de la discrimination économique dans l’acte d’accusation, doublée du rejet de la demande de requalification de l’infraction, aurait ainsi dû conduire à l’abandon des poursuites. Pour sanctionner le prévenu malgré ces carences et exigences procédurales, la cour d’appel de Douai et la Cour de cassation semblent, à l’inverse, avoir fait le choix – par défaut – d’une qualification instrumentale : celle de provocation à la discrimination prévue par la loi de 1881, bel et bien visée, elle, par l’acte d’accusation.

Au-delà de la stratégie, contestable, la méthode s’avérait de surcroît fâcheuse. L’arrêt du 11 septembre 2003 fut ainsi motivé : « *L’appel au boycott de produits ayant une certaine provenance constitue une entrave à l’exercice normal de l’activité économique des producteurs en raison de leur appartenance à une nation* »⁵¹. Ce raisonnement repose sur un mélange des genres, inutile et problématique. Inutile, car on comprend difficilement la nécessité d’une assimilation de l’appel au boycott à une discrimination économique fondée sur l’entrave pour finalement sanctionner cet appel en tant que provocation à la discrimination. Problématique, car en confondant les deux infractions, la voie fut ouverte à une application de la discrimination économique aux appels au boycott, quand bien même les articles 225-2, 2°, et 432-7, 2°, n’ont à aucun moment été conçus pour appréhender les discours. La Cour de cassation aurait pu faire preuve d’une plus grande rigueur à l’occasion de son contrôle. L’occasion fut manquée, puisque, à son tour, et au détour d’une autre formule, elle proposa une confusion inverse entre les chefs d’infraction. Selon elle, la cour d’appel avait justifié sa décision puisque la « *diffusion sur le site internet de la commune de la décision prise par le maire de boycotter les produits israéliens, accompagnée d’un commentaire militant, était en multipliant les destinataires*

⁵¹ *Ibidem*.

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

du message [notamment les administrés], *de nature à provoquer des comportements discriminatoires* ». De son propre aveu, l’acte litigieux était bien une décision de boycott, possiblement constitutive d’une entrave et d’une discrimination économique au sens de l’article 432-7, 2°, du Code pénal. C’est néanmoins au titre de l’article 24 de la loi de 1881 que l’acte fut sanctionné, car sa publicité et sa diffusion revenaient à provoquer à la discrimination. Après que la cour d’appel de Douai eut affirmé en substance – et sans nécessité – que *provoquer à la discrimination revient à discriminer*, la chambre criminelle nous dit en conséquence que *discriminer revient à provoquer à la discrimination*.

Outre la stratégie et la méthode, troublantes, la portée de la formule retenue par la chambre criminelle s’avère plus problématique encore. En admettant que la diffusion en ligne de l’annonce de boycott du maire caractérisât une provocation à la discrimination, la Cour de cassation a nécessairement considéré que le boycott des administrés – et non des services municipaux –, qui serait *supposément* consécutif à la décision municipale, constituerait une discrimination sous la forme d’un boycott irrégulier. Ce faisant, et là est l’essentiel, le champ d’application de l’article 225-2, 2°, du Code pénal semble étendu à la consommation préférentielle des administrés et citoyens, en sus des pratiques des acteurs commerciaux professionnels, des soustractions à la vente des produits dans le cadre d’opérations militantes, et des boycotts à l’initiative d’autorités publiques distinctes du Gouvernement.

Le litige aurait pourtant pu se solder par une simple qualification de discrimination, plus indiquée, *a fortiori* en cas de décision publique de boycott, irrégulière car concurrentielle à l’éventuel embargo relevant en droit international des « *contre-mesures* ». Là était le sens de la demande de requalification, non retenue par la cour d’appel de Douai, formulée par le procureur général⁵². L’irrégularité probable du boycott liée au caractère public de son décideur fut par ailleurs rappelée en 2009 par la Cour européenne des droits de l’homme (ci-après Cour EDH) : « *le maire ne pouvait se substituer aux autorités gouvernementales pour ordonner un boycott de produits provenant d’une nation étrangère* »⁵³. Ce point de vue formule un écho à un arrêt de la cour administrative d’appel de Paris dans une autre affaire, qui conclut à l’illégalité d’une délibération du conseil municipal d’Ivry-sur-Seine pour défaut de compétence et d’intérêt local en matière de diplomatie et de relations internationales. En l’espèce, la décision litigieuse annonçait, entre autres, un refus de contractualiser avec les entreprises n’appliquant pas les principes directeurs des Nations unies et ne respectant pas les droits de l’homme dans les colonies

⁵² « *Il échet à ce dernier [i.e. le prévenu], pris en sa qualité d’autorité publique représentante de l’État, de rester neutre dans l’exercice de ses fonctions. Le maire ne peut se substituer aux autorités gouvernementales pour ordonner un boycott des produits d’une nation étrangère* » ; or, « *il a sciemment cherché à entraver les activités économiques en provenance de la nation israélienne en ordonnant à ses services, dans la cadre d’une réunion municipale, de ne pas contracter à l’achat de produits israéliens. Cette mesure discriminatoire, si elle devait être prise, relèverait exclusivement de la compétence gouvernementale* » (tel que cité in Cour EDH, 16 juillet 2009, n° 10883/05, *Willem c. France*, § 12 – nous soulignons).

⁵³ Cour EDH, 16 juillet 2009, n° 10883/05, *Willem c. France*, § 37 et 39.

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

israéliennes⁵⁴. L’emprise de l’article 432-7, 2° aurait semblablement pu être justifiée face au boycott du maire de Seclin⁵⁵.

In fine, les décisions rendues sur le litige ci-dessus commenté portent le sceau de l’inconséquence. Après une appréciation réductrice des faits et une motivation confondant les infractions, les juridictions judiciaires ont, en retenant la provocation à la discrimination, indirectement qualifié dès le début des années 2000 les abstentions d’achat de produits par les administrés-consommateurs de *boycott discriminatoire*. Que reste-t-il de la matérialité de l’infraction lorsqu’elle se traduit par une abstention d’achat supposément imputée à une origine nationale ? Que reste-t-il de l’entrave lorsqu’elle se traduit par l’exercice d’une préférence et de la liberté individuelle en matière de consommation citoyenne ? La lutte contre le boycottage semble, progressivement, sortir de ses gonds.

B. Une sanction indirecte de pratiques citoyennes et supposées de boycott

Presque inévitablement, ces extensions successives de la portée des dispositions pénales ont permis la poursuite et la condamnation des discours – et non plus seulement des actes – relatifs au boycott, y compris lorsque ces expressions publiques de consommation préférentielle émanaient de simples citoyens ou militants (1). Favorisées par un cadre réglementaire (2), ces poursuites et condamnations questionnent quant à l’acceptation retenue de la discrimination (3).

1. L’émergence de condamnations des appels au boycott citoyen

L’élément déclencheur nous semble être l’arrêt de la cour d’appel de Douai, ci-dessus commenté. Mais la paternité de ce mouvement jurisprudentiel de pénalisation des discours citoyens est, plus généralement, attribuée au tribunal correctionnel de Bordeaux. En 2010 ce dernier eut à statuer sur le cas d’une militante interpellée par un agent de sécurité du magasin Carrefour de Mérignac après avoir apposé sur une caisse enregistreuse et une bouteille de jus de fruits des étiquettes portant la mention suivante : « *Campagne boycott. Boycott Apartheid Israël. Boycott de tous les produits israéliens. Principales marques : Carmel, Jaffa, Top, Or, Teva... tant qu’Israël ne respectera pas le droit international* ». Elle fut condamnée en première instance et en appel pour provocation à la

⁵⁴ CAA Paris, 4^e ch., 4 juin 2019, n° 17PA02686.

⁵⁵ *A contrario*, v. *Jewish Rights Watch & R. v. Leicester City Council*, [2018] EWCA Civ 1551 (« *Since an individual can call for a boycott of goods, so can the Council, acting by its relevant organ* »).

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

discrimination fondée sur l’origine nationale⁵⁶. Après pourvoi, la chambre criminelle n’y objecta pas et considéra les motifs des juridictions du fond « *exempts d’insuffisance comme de contradiction* ».⁵⁷

En l’espèce, aucune soustraction des produits à la vente n’avait eu lieu. Pour autant, le témoignage de l’agent de sécurité insistait sur le fait que les « *étiquettes ne pouvaient être décollées sans dégrader le produit qui devenait, alors, impropre à la vente* »⁵⁸. Cet élément avait par ailleurs fondé le dépôt d’une plainte du magasin pour dégradation. Néanmoins, contrairement à l’affaire du Carrefour Market d’Alençon, la prévenue n’était aucunement poursuivie pour avoir entravé par cet acte une activité économique. Elle l’était uniquement pour avoir provoqué à la discrimination. C’est en conséquence le contenu du message et non le mode de communication employé qui était visé par la prévention et sur lequel les juridictions ont été amenées à statuer. Et c’est le discours qui fit l’objet de la condamnation car, par son entremise, la prévenue « *avait incité à entraver l’exercice normal d’une activité économique quelconque en opérant une distinction entre les producteurs et fournisseurs de ces produits, en raison de leur appartenance [...] à une nation* », « *faits qui constituaient une discrimination à l’égard de ces mêmes personnes* »⁵⁹. Puisque le discours incitait les consommateurs à l’abstention d’achat, c’est bien cet acte (*i.e.* l’abstention d’achat d’un consommateur consécutif à une distinction entre produits) qui est *indirectement* considéré comme une discrimination portant entrave à l’activité des producteurs et fournisseurs. Là se noue le problème que nous souhaitons analyser.

Certes, une esquive commode pourrait arguer l’absence de cohérence entre la qualification de discrimination, objet du discours sanctionné pour provocation à la discrimination au sens de l’article 24 de la loi de 1881, et la discrimination, au sens des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal. Elle ne saurait être considérée sérieusement dès lors que, précisément, pour écarter la transmission d’une question prioritaire de constitutionnalité, la cour d’appel de Bordeaux avançait dans le même arrêt l’argumentaire suivant : l’article 24 de la loi de 1881 « *fait expressément référence à l’article 225-2 du Code pénal qui réprime les actes de discrimination consistant à entraver l’exercice normal d’une activité économique quelconque (donc le boycott de produit), et renvoie à l’article 225-1 du Code pénal qui définit la discrimination comme toute distinction opérée entre les personnes physiques ou morales à raison de leur appartenance à une nation* »⁶⁰. Il existe ainsi une cohérence normative certaine entre les notions des deux instruments juridiques. L’*objet* de la provocation, pour caractériser l’infraction prévue par la loi de 1881, doit bel et bien constituer une discrimination au sens des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal. Aucune juridiction n’a à ce stade infirmé cette interprétation qui fut également retenue par la Cour

⁵⁶ CA Bordeaux, 22 octobre 2010, n° 10/00286.

⁵⁷ Cass. crim., 22 mai 2012, n° 10-88.315.

⁵⁸ CA Bordeaux, 22 octobre 2010, n° 10/00286.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem* (nous soulignons).

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

de cassation⁶¹. Nulle ambiguïté n’est permise : l’abstention d’achat par un consommateur d’un produit fondé sur son lieu de fabrication pour des motifs politiques constitue, selon les juridictions judiciaires, une discrimination punissable. D’aucuns objecteront qu’il convient d’en démontrer la matérialité. L’entreprise ne relève en rien de l’impossible et il suffit pour cela d’une simple déclaration. Indépendamment de la réalité contentieuse et du nombre de poursuites, le problème théorique demeure. Il interpelle sur le bien-fondé de cette extension, indirecte et par voie jurisprudentielle, du droit de la non-discrimination.

2. *Le développement d’un cadre juridique et la multiplication des poursuites*

Deux jours après le jugement de condamnation rendu par le tribunal correctionnel de Bordeaux dans l’affaire précitée, Michèle Alliot-Marie, alors ministre de la Justice, édictait une circulaire adressée aux procureurs généraux près les cours d’appel, visant à généraliser l’interprétation retenue :

Depuis le mois de mars 2009, plusieurs procédures faisant suite à des appels au boycott de produits israéliens diligentées sur le fondement de la provocation publique à la discrimination prévue et réprimée par l’article 24 alinéa 8 de la loi du 29 juillet 1881 ont été portées à la connaissance de la direction des affaires criminelles et des grâces. Ces faits prennent le plus souvent la forme de rassemblements dans des centres commerciaux dans le cadre desquels les appels au boycott sont formulés [...]. Par jugement du 10 février 2010, le tribunal correctionnel de Bordeaux a prononcé une condamnation à l’encontre d’une personne poursuivie sous la qualification précitée pour des faits de cette nature. Il apparaît impératif d’assurer de la part du ministère public une réponse cohérente et ferme à ces agissements⁶².

Le 15 mai 2012, Michel Mercier, nouveau garde des Sceaux, adopta une circulaire semblable⁶³. C’est sur le fondement de ces deux dépêches que de multiples poursuites furent ensuite diligentées. L’une d’entre elles déboucha sur la condamnation de quatorze militants par la cour d’appel de Colmar en 2013⁶⁴. Il était une fois de plus question d’une opération militante s’étant déroulée devant un magasin Carrefour à Illzach. Parmi les actes infractionnels figuraient notamment la distribution de tracts appelant au boycott de plusieurs marques et alertant sur un étiquetage frauduleux des produits en provenance des colonies implantées en Territoires palestiniens occupés, ainsi que le port de vêtement comportant la

⁶¹ Cass. crim., 28 septembre 2004, n° 03-87.450.

⁶² Circulaire du 12 février 2010, CRIM-AP, n° 09-900-A4.

⁶³ Circulaire du 15 mai 2012, CRIM-AP, n° 2012-0034-A4.

⁶⁴ CA Colmar, 27 novembre 2013, n° 13/01122 et n° 13/01129.

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

mention « *Palestine vivra* » et « *Boycott Israël* ». Pour les prévenus, ces discours, indépendamment de leurs supports (*i.e.* tracts et T-shirt), formulaient une critique civique, dénuée de violence et non assimilable à une quelconque entrave, dépourvue d’hostilité à l’égard de la population israélienne. Ils manifestaient l’exercice licite de la liberté d’expression sur un sujet majeur, d’intérêt général.

Pour entrer en voie de condamnation, la cour d’appel de Colmar embrassa à son tour une interprétation relativement extensive des dispositions pénales. Elle considéra ainsi que les prévenus « *par leur action, provoquaient à discriminer les produits [et non les personnes] venant d’Israël, incitant les clients à ne pas acheter ces marchandises* », acte constitutif d’une entrave à l’exercice normal de leur activité économique, quand bien même ledit boycott, éventuel, qui ferait suite à l’appel, affecterait avant tout l’activité de revente de la grande surface, « *en raison de l’origine des producteurs et fournisseurs* » et non du lieu de fabrication des produits, pour des motifs politiques⁶⁵. Par deux décisions, la chambre criminelle mit un terme à la procédure devant les juridictions internes, rejetant les pourvois et validant la motivation des arrêts d’appel⁶⁶.

3. L’abstention d’achat pour motifs politiques comme discrimination

Trois enseignements majeurs ressortent de ces contentieux et permettent, à terme, de s’interroger sur les conditions de légitimité du droit de la non-discrimination et, plus spécifiquement, de son application à un nouvel espace. Ces enseignements tiennent respectivement aux moyens de son expansion, à ses sujets et à son objet.

En articulant le droit de la presse et le droit pénal, les décisions des juridictions judiciaires relatives au boycott fournissent un cas d’étude idoine pour aborder la délicate question de la cohérence normative. Elles témoignent, d’abord, d’une certaine confusion entre les deux chefs d’infraction qui nous intéressent : provocation à la discrimination et discrimination. Quelques décisions laissent transparaître une interchangeabilité, parfois instrumentale, afin de compenser les lacunes des actes d’accusation, parfois simplement maladroite, affectant la force de conviction de la motivation. Cette porosité fut absolument déterminante dans le mouvement jurisprudentiel ayant conduit à la pénalisation des appels au boycott. Ces décisions judiciaires témoignent, ensuite, d’une volonté de conciliation des deux infractions, dès lors que les juridictions conçoivent l’article 24 de la loi de 1881 à la lueur des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal. La discrimination, en tant que notion juridique, possède la même teneur, qu’elle soit commise ou provoquée ! Dans le cas qui nous intéresse, le mode d’extension du droit

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Cass. crim., 20 octobre 2015, n° 14-80.020 et n° 14-80.021.

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

de la non-discrimination se révèle ainsi particulier, en ce qu’il opère par l’entremise des interprétations relatives au droit de la presse. Cette extension est-elle accompagnée d’une rigueur suffisante du juge de la liberté d’expression ? Notre cas d’étude semble montrer que tel n’est pas le cas, mais il mériterait d’être corroboré par une analyse plus systématique de la jurisprudence relative à la provocation à la discrimination.

Du mouvement jurisprudentiel retracé *supra* découle un élargissement des sujets – même potentiels – de l’article 225, 2°, du Code pénal. Initialement conçue pour sanctionner une discrimination économique imputable aux acteurs professionnels du commerce international, cette disposition est désormais exclusivement mobilisée – ou presque – par le truchement de l’article 24 de la loi de 1881 pour sanctionner les discours citoyens et militants incitant au boycott de produits commercialisés dans le cadre de la grande distribution. En 2012, Ghislain Poissonnier soulignait en ce sens : « *Près d’une centaine de personnes sont actuellement sous le coup d’une procédure judiciaire pour avoir, à des degrés divers, participé à des appels au boycott* »⁶⁷. Les poursuites ont été intensifiées depuis. Cette mobilisation contentieuse de la discrimination économique est, certes, rendue possible par les positions du juge judiciaire. Elle l’est également par les consignes adressées au ministère public par les gardes des Sceaux. Tant l’exécutif que le judiciaire ont, de la sorte, conféré aux normes applicables une utilité contentieuse autre que celle visée par le pouvoir législatif⁶⁸. Il en résulte une généralisation de l’infraction, au détriment des citoyens.

Quant à l’objet nouveau du droit de la non-discrimination, il laisse perplexe. Ces contentieux successifs ont permis, d’une part, une sanction directe des discours, et, d’autre part, une qualification indirecte des abstentions d’achat de produits par les consommateurs de discrimination dès lors que ces abstentions se fondent sur le lieu de fabrication des produits⁶⁹. Le non-achat du consommateur constitue donc une entrave. Selon la formule consacrée par la HALDE, cette abstention rend « *plus difficile l’exercice par un professionnel d’une activité concourant à la production, à la distribution ou à la consommation des richesses au moyen d’un dénigrement particulier ou de pression diverses sur des*

⁶⁷ Ghislain POISSONNIER, « L’article 24 alinéa 8 de la loi du 29 juillet 1881 est inapplicable à des faits d’appel citoyen au boycott », *Gaz. Pal.*, 16 février 2012, n° 47, p. 9, à propos de deux décisions rendues en première instance par le tribunal correctionnel de Mulhouse (TGI Mulhouse, 15 décembre 2011, n° 3310/2011 et n° 3311/2011), infirmées en appel et en cassation.

⁶⁸ Au-delà de l’art. 225-2, 2°, du Code pénal, introduit par la loi n° 77-754 du 7 juin 1977, l’argument demeure valable pour l’art. 24, al. 8, de la loi de 1881 : « *En aucun cas, ce texte n’a pour but de protéger les États (et leurs politiques) et même leurs entreprises (et leurs produits) contre une critique citoyenne et non violente, y compris quand cette critique prend la forme d’un appel au boycott de produits* » (Ghislain POISSONNIER, « L’appel au boycott des produits d’un État par un citoyen n’est pas interdit par le droit français », *Gaz. Pal.*, 1^{er} septembre 2011, n° 244, p. 15, à propos d’une décision de première instance – TGI Paris, 8 juillet 2011, n° 0918708077).

⁶⁹ Ce que résume la formule utilisée par la HALDE dans ses délibérations : le discours sanctionné constitue une « *provocation à la discrimination emportant entrave à l’exercice d’une activité économique* » (HALDE, Délibération du 30 novembre 2009).

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

clients potentiels »⁷⁰. Nous peignons ici à saisir en quoi la consommation préférentielle emporte dénigrement particulier ou pressions diverses sur d’autres clients potentiels. Plus largement, alors que se multiplient les revendications – notamment par voie numérique – de boycotts citoyens divers, ciblant des marques ou des produits pour des motifs politiques, juridiques, climatiques, éthiques, entre autres, l’interrogation demeure vive quant à l’*opportunité* d’une appréhension des choix des consommateurs par le droit de la non-discrimination et ses dérivés.

II. La légitimité de la consommation préférentielle en question : entre libertés et discrimination

Au bout du compte, la perplexité suscitée par les solutions jurisprudentielles conduit à questionner la pertinence de la conciliation opérée entre droits fondamentaux. Au premier plan de cette conciliation, la tension entre liberté d’expression et non-discrimination occupe une place fondamentale. La Cour de cassation et la plupart des cours d’appel tranchent au profit de la seconde composante. Il existe néanmoins des arbitrages moins liberticides, principalement devant les juridictions de première instance, qui témoignent de la difficulté à arrêter une frontière nette entre libre préférence et préférence discriminatoire (A). Le sens de l’arbitrage entre liberté d’expression et non-discrimination tient, le plus souvent, à la méthode adoptée. En clair, la pénalisation des appels au boycott dépend du degré d’exigence retenue pour procéder au contrôle de proportionnalité de l’atteinte à la liberté d’expression (B). Une méthode rigoureuse devrait dès lors suffire à tolérer l’expression des préférences litigieuses en matière de consommation. Mais, plus fondamentalement, le mouvement jurisprudentiel ci-dessus n’a à ce jour qu’insuffisamment été confronté à d’autres limites du raisonnement sur lequel il repose, limites parmi lesquelles figurent en premier lieu le non-sens que représente la qualification du boycott comme acte discriminatoire ainsi que le mépris que cette pénalisation traduit pour d’autres composantes de la liberté individuelle (liberté de conscience, liberté contractuelle, liberté de disposer de ses biens...) (C).

⁷⁰ HALDE, Délibération du 30 novembre 2009.

A. Les conflits d'interprétation : symptômes des difficultés à arrêter la frontière entre libre préférence et préférence discriminatoire

Les explications précédemment fournies, qui retracent un mouvement jurisprudentiel, ne doivent pas conduire à occulter un point essentiel : le contentieux relatif au boycott représente un territoire éminemment disputé lors des quinze dernières années. Nombreux sont les désaccords entre les juridictions et nombreuses sont – en contraste – les relaxes prononcées par les juges du fond⁷¹. Plusieurs arguments peuvent, en effet, être avancés afin d'écartier la caractérisation de l'infraction. Ces conflits d'interprétation attestent une difficulté à statuer sur l'opportunité de sanctionner ou non les comportements litigieux, parfois assimilés à des préférences légitimes.

D'emblée, soulignons que si l'opportunité de la sanction au titre de la provocation à la discrimination est contestée, c'est parce qu'il existe plusieurs qualifications alternatives susceptibles de mieux saisir certains comportements répréhensibles. Ainsi, lorsque ce sont des manifestations d'antisémitisme réputées avoir eu lieu lors d'appels au boycott qui sont visées, les chefs de provocation à la haine ou à la violence⁷² apparaissent plus indiqués. L'angle discriminatoire fut, par exemple, écarté par la cour d'appel de Paris en 2012 pour ne retenir que l'appel à la haine ou à la violence. Le propos litigieux qui avait été relayé dans une vidéo était le suivant : « *Vous devez arrêter d'acheter les produits israéliens, chacun équivaut à une balle qui va tuer un enfant palestinien* »⁷³. Pour la cour d'appel, « *en choisissant de diffuser ces propos outranciers* », la prévenue, « *qui n'est pas dans la situation d'une victime submergée par sa subjectivité, [...] a incité à la haine ou à la violence à l'égard d'un groupe de personnes, les producteurs israéliens* »⁷⁴. D'autres juridictions ont encore écarté la provocation à la discrimination après avoir souligné « *l'absence d'incitation à la haine raciale voire antisémite* » dans le discours incriminé, y compris en tenant compte de « *la personnalité* » des militants⁷⁵. Récemment, la cour d'appel de Lyon a eu à statuer sur un appel au boycott des produits pharmaceutiques de l'entreprise TEVA motivé par le fait qu'« *une partie de ses bénéficiaires renfloue l'armée israélienne* », ce que « *la marque TEVA (tait) soigneusement dans ses différentes publicités* »⁷⁶. En complément de la provocation à la discrimination, écartée au fond, l'action publique portait aussi sur la diffamation. Ce chef d'infraction – en l'espèce non retenu – permet de recentrer le contrôle juridictionnel sur la vérification

⁷¹ À cet égard, v. récemment Ghislain POISSONNIER, « Appel au boycott des produits israéliens : le juge du fond, protecteur de la liberté d'expression », *Dalloz Actualités*, 3 juin 2022.

⁷² Art. 24 de la loi du 29 juillet 1881.

⁷³ CA Paris, 24 mai 2012, n° 1/06623.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ TGI Mulhouse, 15 décembre 2011, n° 3309/2011, tel que cité in Cour EDH, 11 juin 2020, n° 15271/16 et autres, *Baldassi et autres c. France*, § 12.

⁷⁶ CA Lyon, 5 mai 2022, n° 22/215.

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

de l'imputation d'un fait précis erroné qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne⁷⁷. Il conduit en conséquence à une objectivation du contentieux et préserve des glissements évoqués *supra*, lesquels sont indispensables à la caractérisation de la provocation à la discrimination. Par ailleurs, au regard de la relation des faits, la cour estima utile de préciser en sus qu'il « *n'apparaît pas que [la prévenue] incite à l'accomplissement d'un acte violent ni à aucune atteinte aux biens ou aux personnes* »⁷⁸. En définitive, s'il n'est pas contesté que certains faits à l'occasion d'appels au boycott puissent légitimement faire l'objet de poursuites, ces dernières sont susceptibles de trouver une assise en dehors de la non-discrimination, de manière plus judicieuse (e.g. provocation à la haine, à la violence, diffamation, injure).

Dans cette même affaire, la cour d'appel de Lyon a également pris soin, pour relaxer la prévenue, d'insister sur les modalités de l'appel au boycott. Elle relevait ainsi qu'« *il ne résulte d'aucun élément soumis à la cour qu'à l'occasion de cette action auraient été commises des violences ou des dégradations ou proférées des menaces* »⁷⁹. Le tribunal correctionnel de Mulhouse avait semblablement insisté sur le caractère pacifique de l'opération militante, sur l'absence de pression, d'agressions verbales ou physiques et sur l'absence de soustraction à la vente ou dégradation des produits⁸⁰. Ces éléments sont aussi avancés par les juridictions du fond pour soutenir la licéité des faits contestés. La motivation repose ici sur un argument d'opportunité puisque ces critères, pour la plupart, tiennent au contexte et ne sont pas, en soi, pertinents pour déterminer si le propos incite ou non à une discrimination. L'argument insiste sur « *la critique passive de la politique d'un État* »⁸¹ et s'inscrit généralement dans une motivation plus étoffée qui mobilise d'autres ressorts.

Le principal d'entre eux, sur lequel nous reviendrons ci-après, repose sur la liberté d'expression. De nombreuses juridictions de première instance ont, en effet, considéré que l'appel au boycott relevait d'une expression publique légitime et proportionnée. La motivation met alors systématiquement en lumière les fondements politiques des prises de position. Par exemple : « *L'action des prévenus consistait à interpellier les clients d'une grande surface et à les inviter à ne pas acheter des produits en provenance d'Israël en raison de leur opposition à la politique de cet État relative aux territoires palestiniens* »⁸² ; l'invitation à soutenir un mouvement international de boycott « *pour des motifs politiques sur un sujet d'intérêt général... qui mobilise depuis des années la communauté internationale... en vue d'un règlement pacifique du conflit, ne caractérise en aucun de ses éléments le*

⁷⁷ Art. 29, al. 1, de la loi du 29 juillet 1881.

⁷⁸ CA Lyon, 5 mai 2022, n° 22/215.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Ghislain POISSONNIER, art. cit. (n. 67).

⁸¹ TGI Pontoise, 20 décembre 2013, n° 10208005397. V. ici Ghislain POISSONNIER, « L'appel au boycott entre dans le cadre normal de la liberté d'expression », *AJ Pénal*, 2014, p. 78.

⁸² TGI Mulhouse, 15 décembre 2011, n° 3309/2011 (relaxe). V. *ibidem*.

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

délict de provocation à la discrimination »⁸³ ; l’action organisée « s’inscrivait dans un débat d’intérêt général contemporain, ouvert en France comme dans d’autres pays, qui porte sur le respect du droit international »⁸⁴. L’insistance sur les motifs politiques de la préférence exprimée en matière de consommation permet de rehausser la protection accordée au discours au titre du pluralisme et du libre débat démocratique, pour mieux en asseoir la légitimité.

Un ultime argument est régulièrement avancé pour fonder la relaxe et repose sur le rejet, plus ou moins explicite, de l’assimilation du boycott citoyen à une discrimination. Le tribunal correctionnel de Paris avançait, par exemple, pour rejeter la provocation à la discrimination, que : « *Le texte visé à la prévention [i.e. article 24, alinéa 8, de la loi de 1881] ne saurait, avec le degré de prévisibilité exigé par les normes constitutionnelles et conventionnelles, être invoqué pour interdire, en tant que tel, l’appel invitant à une forme d’objection de conscience, que chacun est libre de manifester ou pas, dépourvu de toute contrainte susceptible d’entraver la liberté des consommateurs* »⁸⁵. L’incitation au boycott, à la condition qu’elle ne soit pas accompagnée de contrainte, est alors perçue comme une simple invitation à l’exercice de la liberté de conscience et, plus largement, à l’exercice d’une liberté individuelle en matière de consommation liée au choix des produits, qui ne saurait, raisonnablement et de manière prévisible, être considérée comme discriminatoire. La cour d’appel de Lyon développa un raisonnement similaire dans son récent arrêt relatif au boycott de la société TEVA. Après avoir informé de potentiels clients des activités de la société, des militants avaient distribué des autocollants signifiant leur refus de se voir délivrer des médicaments génériques commercialisés par l’entreprise. Pour rejeter la provocation à la discrimination, le juge du fond insista d’abord sur le fait que « *seules les personnes qui le souhaitaient se sont vues [sic] remettre à cette occasion un sticker à apposer sur la partie non fonctionnelle de leur carte vitale* »⁸⁶. Une telle démarche relevait de la liberté des consommateurs. En outre, « *le seul fait de ne pas se porter acquéreur d’un bien ou d’un produit – en l’espèce un médicament générique ayant donc d’autres équivalents – dont rien n’assure que sans [l’appel au boycott] il aurait été acheté ne [peut] être regardé comme* » une discrimination⁸⁷. Surgit ici une contestation fondamentale, encore rare dans la motivation des juges judiciaires⁸⁸, et qui porte sur l’applicabilité même du droit de la non-discrimination en matière de consommation.

⁸³ TGI Paris, 8 juillet 2011, n° 09-18708077 (relaxe).

⁸⁴ CA Lyon, 5 mai 2022, n° 22/215 (relaxe), relatant la motivation de TGI Lyon, 18 mai 2021 (relaxe).

⁸⁵ TGI Paris, 8 juillet 2011, n° 09-18708077 (relaxe).

⁸⁶ CA Lyon, 5 mai 2022, n° 22/215.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ V. encore TGI Lille, 26 mars 2003, tel que cité in Cour EDH, *Willem c. France*, précité, § 11 : par l’acte de boycott, « *il ne s’agit pas en effet [de commettre] une discrimination à l’égard d’une personne ou d’un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ».

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

En un sens proche, le Conseil d’État a semblé s’écarter en avril 2022 de la position consacrée par la Cour de cassation. Un arrêt récent est ainsi venu accentuer l’absence de consensus des juridictions françaises face à la pénalisation de l’appel au boycott. Le ministre de l’Intérieur avait en l’espèce fait adopter en Conseil des ministres un décret de dissolution du Collectif Palestine vaincra⁸⁹, en se fondant à titre principal sur le fait que ledit collectif « œuvre activement au boycott »⁹⁰ et « appelle régulièrement à la discrimination [...] au travers de campagne de boycott »⁹¹. Saisi en référé-suspension, le Conseil d’État opta pour une position dénuée d’ambiguïté : « *L’appel au boycott, en ce qu’il traduit l’expression d’une opinion protestataire, constitue une modalité particulière d’exercice de la liberté d’expression et ne saurait par lui-même, sauf circonstances particulières établissant le contraire, être regardé comme une provocation ou une contribution à la discrimination* »⁹². Si l’affirmation est claire, elle n’est toutefois pas formulée au regard de l’article 24 de la loi de 1881 ni même de l’article 225-2 du Code pénal mais de l’article L. 212-1 du Code de la sécurité intérieure, lequel prévoit les motifs de dissolution des associations et groupements de fait. Peuvent à ce titre être dissous les organismes qui « *provoquent ou contribuent par leurs agissements à la discrimination* » ou « *propagent des idées ou théories tendant à justifier ou encourager cette discrimination* ». Une lecture modeste de cette ordonnance rendue par le Conseil d’État invitera à considérer que la provocation à la discrimination de l’article L. 212-1 du Code de la sécurité intérieure, ou à tout le moins sa signification normative, n’est peut-être pas la même que celle de l’article 24 de la loi de 1881. Toujours est-il que le dissensus est palpable au regard de l’ensemble des décisions des juridictions internes rendues à ce jour.

Ce dissensus caractérise à l’évidence une instabilité jurisprudentielle. Il témoigne des incertitudes existant non seulement quant à la légalité mais aussi quant à l’opportunité d’une mobilisation de la non-discrimination et de ses dérivés aux fins de lutte contre des pratiques de boycott. S’agit-il d’une préférence légitime ou d’une pratique qui doit nécessairement être régulée ? Le soubassement de ces agissements est-il politique et juridique⁹³ ou ces derniers relèvent-ils simplement d’une manifestation d’intolérance, voire de l’antisémitisme ? Les juges de première instance optent majoritairement pour l’interprétation la moins liberticide, tolérant le discours lorsque celui-ci ne charrie aucun appel à la haine, à la violence, aucune diffamation ni injure. Les cours d’appel demeurent partagées. La Cour de cassation, elle, a tranché en 2015 pour une assimilation de principe de l’appel au boycott à une infraction

⁸⁹ Décret du 9 mars 2022 portant dissolution d’un groupement de fait, JORF n° 0058 du 20 mars 2022 (texte n° 10).

⁹⁰ « *Le groupement œuvre activement au boycott d’Israël, dans ses dimensions "économique, culturel, sportif et académique"* » ; « *il utilise des modes d’action identifiables, à savoir l’organisation de manifestations et d’opérations de boycott* ».

⁹¹ « *Le CPV appelle régulièrement à la discrimination et à la haine envers Israël et les Israéliens au travers de campagnes de boycott, notamment des produits israéliens, dans la rue, au moyen de flyers, et sur les réseaux sociaux* » ; il « *a notamment publié, le 6 décembre 2021, un message visant à dénoncer ce qu’elle considère comme une spoliation des terres palestiniennes par Israël et appelant au boycott des fruits et légumes ‘made in Israël’* ».

⁹² CE, ord., 29 avril 2022, *Collectif Palestine vaincra et autres*, n° 462982, § 7.

⁹³ *I.e.* relatif au respect des décisions rendues par les organes des Nations Unies : Conseil de sécurité, Assemblée générale et Cour internationale de justice. Cf introduction.

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

condamnable (*i.e.* provocation à la discrimination) – position *a priori* non partagée par le Conseil d’État. Au creux de ce contentieux se noue ainsi une tension, qui exige un arbitrage, entre discrimination – à supposer cette dernière caractérisable – et liberté, notamment liberté d’expression.

B. Le contrôle de proportionnalité de l’atteinte à la liberté d’expression : variable essentielle à la pénalisation de l’appel au boycott

« Ce dossier est éminemment délicat, car nous sommes à la frontière de la lutte contre les discriminations et de la liberté d’expression »⁹⁴. Par ces mots, le procureur de la République près le tribunal correctionnel de Pontoise admettait dans ses réquisitions l’existence d’un conflit de droits fondamentaux qui accroît la complexité des litiges relatifs aux appels au boycott. De la manière dont est géré ce conflit dépend l’issue du litige face aux poursuites engagées. Les condamnations n’accordent généralement que peu d’attention à la liberté d’expression (1) quand les relaxes se fondent amplement sur les garanties que cette liberté implique (2). La Cour EDH a finalement apporté à cet égard plusieurs éléments de cadrage (3).

1. Des condamnations sans appréciation concrète de la proportionnalité de l’atteinte à la liberté d’expression

De l’analyse des décisions de condamnation, il ressort une certaine fugacité de la liberté d’expression. Dans plusieurs cas, celle-ci n’est mentionnée ni au moment du contrôle au fond ni en cassation en dépit des moyens des requérants⁹⁵. Surtout, le simple constat de l’applicabilité de l’infraction prévue à l’article 24 de la loi de 1881 semble, pour certaines juridictions, suffire à se dispenser d’un contrôle de proportionnalité *in concreto*, qu’implique pourtant une telle restriction à la liberté d’expression. La cour d’appel de Douai relevait ainsi pour condamner le prévenu que les dispositions de l’article 24 « *ne constituent pas une violation des libertés de pensée et d’expression protégées par l’article 10 de la Convention européenne des droits de l’homme et des libertés fondamentales, ce texte validant les restrictions prévues par la loi et qui constituent, dans une société démocratique, des mesures*

⁹⁴ À propos de TGI Pontoise, 20 décembre 2013, n° 10208005397, tel que cité *in* Ghislain POISSONNIER, art. cit. (n. 81).

⁹⁵ CA Bordeaux, 22 octobre 2010, n° 10/00286 (la mention est faite exclusivement afin d’apprécier l’opportunité d’une transmission de la question prioritaire de constitutionnalité soulevée) ; Cass. crim., 22 mai 2012, n° 10-88.315.

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

nécessaires à la protection de l'ordre, de la morale ou des droits et libertés d'autrui »⁹⁶. Que ces dispositions constituent le fondement légal d'une telle restriction est une chose. Que le simple constat de leur applicabilité à un discours litigieux soit assimilé à un contrôle de proportionnalité concluant en est une autre, bien différente. Le procédé est récurrent et, tout au plus, certaines décisions se bornent à affirmer l'issue du contrôle de proportionnalité sans jamais le réaliser : « *L'exercice de la liberté d'expression, proclamée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, peut-être, en application du second alinéa de ce texte, soumis à des restrictions ou sanctions qui constituent, comme en l'espèce, des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la défense de l'ordre et à la protection des droits d'autrui* »⁹⁷. L'affirmation relève de la posture de principe. L'applicabilité d'un chef d'infraction vaut proportionnalité de l'atteinte en l'espèce, quand elle gagnerait à être doublée d'une argumentation méticuleuse.

Pour soutenir la disproportion de l'ingérence faite à leur liberté d'expression, les militants et citoyens poursuivis se prévalent systématiquement du caractère politique du propos et des motivations juridiques, liées au respect du droit international. De ce point de vue, les décisions de condamnations considèrent que le mobile même politique ou juridique, susceptible d'accroître la protection conférée au propos mis en cause, est « *sans incidence* »⁹⁸. La HALDE ne dit pas autre chose lorsqu'elle considère que « *le mobile politique qui pourrait être avancé est indifférent dans la mesure où l'élément intentionnel est caractérisé par la seule conscience d'inciter le public à traiter différemment les producteurs ou distributeurs israéliens de fruits et légumes* »⁹⁹. Au Défenseur des droits d'ajouter qu'il n'est dès lors « *pas nécessaire [...] de rechercher les raisons pour lesquelles [une personne] a pris en compte un motif discriminatoire* »¹⁰⁰, en l'occurrence le lieu de fabrication d'un produit. En passant, il est possible de douter du statut de motif de discrimination à part entière du lieu de fabrication d'un produit, même si la cour d'appel de Paris s'est aventurée à affirmer que « *l'appel au boycott d'un produit au titre de son origine géographique, ou des origines ethniques ou religieuses de ses producteurs, est constitutif du délit prévu et réprimé par l'article 24* » de la loi de 1881¹⁰¹. L'interprétation extensive frôle ici la réécriture des dispositions légales. Au-delà de cette précision, quasi anecdotique, l'essentiel demeure : « *L'argument des mis en cause consistant à justifier leurs actions par leur volonté de dénoncer la politique de l'État d'Israël à l'égard du peuple palestinien pour justifier leurs propres agissements discriminatoires, est irrecevable* »¹⁰², au moins pour certaines juridictions qui entrent en voie de

⁹⁶ Motifs reproduits in Cass. crim., 9 novembre 2004, n° 03-87.444.

⁹⁷ Cass. crim., 20 octobre 2015, n° 14-80.020 et n° 14-80.021.

⁹⁸ CA Douai, 11 septembre 2003, motifs reproduits in Cass. crim., 9 novembre 2004, n° 03-87.444 : « *Le mobile qu'il a invoqué, protester contre la politique du Premier ministre de l'État d'Israël, est sans incidence* ».

⁹⁹ HALDE, Délibération du 30 novembre 2009.

¹⁰⁰ Défenseur des droits, Décision MLD-2013-116, 25 octobre 2013.

¹⁰¹ CA Paris, 15 mars 2017, motifs reproduits in Cass. crim., 23 mai 2018, n° 17-82.896.

¹⁰² Défenseur des droits, Décision MLD-2013-116, 25 octobre 2013.

condamnation. Pourtant, cette question des motivations n'intéresse pas seulement la démonstration d'une absence d'intentionnalité. Elle porte plus fondamentalement sur les causes de la consommation préférentielle exprimée. Ces causes politiques doivent être prises en compte au stade du contrôle de proportionnalité de l'atteinte à la liberté d'expression pour déterminer l'opportunité d'une sanction du propos qui les porte. Leur déconsidération intégrale permet, à l'inverse, une redéfinition fréquente – et réductrice – des motifs : à la prise en compte du lieu de fabrication d'un produit, pour des raisons politiques, le juge substitue la prise en compte discriminatoire de l'origine des producteurs. En substance, il fut ainsi retenu que des « *prises de positions personnelles [...] à l'égard de la politique menée par un Premier ministre [...] ne constituent pas des raisons objectives étrangères à l'appartenance des producteurs israéliens à la nation israélienne* »¹⁰³. Le caractère réducteur de cette substitution semble d'autant plus manifeste que l'origine des producteurs n'est simplement pas connue dans de nombreux cas, ou est parfois autre qu'israélienne. Les motifs persistants étant bien le lieu d'activité de l'entreprise ciblée et la dénonciation de la politique d'un État¹⁰⁴. Le sentiment qui prédomine est alors celui d'une redéfinition fondamentale et instrumentale de la nature de la préférence exprimée, pour mieux la sanctionner.

Au bout du compte, les condamnations ne sont jamais soutenues par un examen concret et détaillé de la proportionnalité de la restriction à la liberté d'expression. Seules des formules de principe émergent parfois et assimilent les faits en cause à un abus de droit, empêchant de se prévaloir de cette liberté. Dès lors que les juridictions retiennent que « *les prévenus ne sont nullement poursuivis pour une opinion, mais bel et bien pour avoir provoqué à la commission d'un délit* », à savoir « *la commission d'une discrimination manifeste* »¹⁰⁵, le contrôle de proportionnalité devient superflu. En d'autres termes, « *la provocation à la discrimination ne saurait entrer dans le droit à la liberté d'opinion et d'expression dès lors qu'elle constitue un acte positif de rejet* »¹⁰⁶. Ces appréciations contrastent avec celles des juridictions de première instance, davantage protectrices de la liberté d'expression¹⁰⁷.

¹⁰³ CA Douai, 11 septembre 2003, motifs reproduits *in* Cass. crim., 9 novembre 2004, n° 03-87.444.

¹⁰⁴ Pour un propos plus détaillé, v. Robin MEDARD INGHILTERRA, « Provocation à la discrimination et appel au boycott de produits étrangers : la Cour de cassation tranche le débat », *Revue des droits de l'homme – Lettres ADL*, décembre 2015, § 11, notes 63 et 64.

¹⁰⁵ Défenseur des droits, Décision MLD-2013-116, 25 octobre 2013.

¹⁰⁶ CA Colmar, 27 novembre 2013, n° 13/01122 et n° 13/01129.

¹⁰⁷ En ce sens, v. Ghislain POISSONNIER, art. cit. (n. 71).

2. Des relaxes prononcées par les juridictions de première instance au nom de la liberté d’expression

Les décisions de relaxe sont quant à elles rendues après avoir considéré, dans un premier temps, que l’appel au boycott relève de la manifestation d’une opinion qui tombe, par principe, dans le champ de la liberté d’expression. Pour les tribunaux correctionnels de Paris, Pontoise et Lille, « *l’appel pacifique et sans contrainte au boycott des produits israéliens est indissociable du débat d’opinion* »¹⁰⁸. Il constitue « *la manifestation d’une opinion et non [...] une véritable incitation à une action discriminatoire* »¹⁰⁹, protégée par la liberté d’expression¹¹⁰. Les motifs politiques de cette manifestation d’opinion sont, dans un deuxième temps, mis en perspective avec un débat public, à savoir le « *règlement d’un conflit endémique depuis plus de soixante ans* »¹¹¹. La critique d’un État est alors rattachée « *au libre jeu du débat politique qui se trouve au cœur même de la notion de société démocratique* », a fortiori sur des thématiques d’intérêt général¹¹². À l’évidence, les juridictions qui optent pour la relaxe après contrôle de proportionnalité de l’atteinte à la liberté d’expression se distinguent encore, dans un troisième temps, en ce qu’elles ne procèdent pas à la substitution des motifs envisagée plus haut. Le lieu de fabrication d’un produit n’équivaut pas à l’origine de son producteur et « *la critique d’un État ou de sa politique ne saurait être regardée, de principe, comme portant atteinte aux droits et à la dignité de ses ressortissants sans affecter gravement la liberté d’expression* »¹¹³. Un des écueils récurrents susmentionnés est ainsi évité. Le discours est pris en soi et pour soi, sans requalification des motivations exprimées et des éléments ciblés¹¹⁴. À ce modus operandi s’ajoute parfois, dans un dernier temps, une précision soutenant l’importance spécifique de la « *liberté d’expression dans un monde désormais globalisé dont la société civile est devenue un acteur majeur* »¹¹⁵. La tolérance de l’appel au boycott au titre de la liberté d’expression traduit sous cet angle une volonté de protection d’acteurs essentiels de la vie politique, en l’occurrence les militants et citoyens engagés. Marginalisées par les décisions d’appel et de cassation, ces analyses des juridictions de première instance trouvent depuis peu un appui solide dans la jurisprudence de la Cour EDH, qui est venue cadrer le débat, en deux temps.

¹⁰⁸ TGI Paris, 8 juillet 2011, n° 09-18708077.

¹⁰⁹ TGI Pontoise, 20 décembre 2013, n° 10208005397, tel que cité in Ghislain POISSONNIER, art. cit. (n. 81).

¹¹⁰ TGI Lille, 26 mars 2003, tel que cité in Cour EDH, *Willem c. France*, précité, § 11.

¹¹¹ TGI Paris, 8 juillet 2011, n° 09-18708077. V. aussi CA Lyon, 5 mai 2022, n° 22/215.

¹¹² TGI Pontoise, 20 décembre 2013, n° 10208005397 : il s’agit d’« *une critique passive de la politique d’un État, critique relevant du libre jeu du débat politique qui se trouve au cœur même de la notion de société démocratique* ».

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ L’appel au boycott « *vise des produits et n’entre donc pas dans les prévisions du texte visé dans les poursuites* » (TGI Lille, 26 mars 2003, tel que cité in Cour EDH, *Willem c. France*, précité, § 11).

¹¹⁵ TGI Paris, 8 juillet 2011, n° 09-18708077.

3. Un arbitrage en deux temps du conflit entre droits fondamentaux par la Cour EDH

La première prise de position de la Cour EDH (*Willem c. France*) face à la pénalisation de l'appel au boycott fut esquissée au terme d'une motivation relativement succincte. Pour se prononcer dans l'affaire du maire de Seclin, qui avait décrété le boycott par ses services municipaux de certains produits israéliens, elle retint deux éléments cruciaux soutenant une marge d'appréciation réduite des autorités nationales qui, en l'espèce, avait estimé que la provocation à la discrimination était caractérisée. D'une part, le prévenu était un élu du peuple, ce qui était de nature à justifier un contrôle de proportionnalité particulièrement strict de l'atteinte à sa liberté d'expression¹¹⁶. D'autre part, l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après Convention EDH) autorisait le recours à « *une certaine dose d'exagération, voire de provocation* »¹¹⁷, permettant la diffusion de propos « *immodérés* »¹¹⁸ qui « *heurtent choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population* »¹¹⁹. Malgré ces éléments, la Cour considéra que le requérant n'avait pas favorisé la libre discussion sur un sujet d'intérêt général puisque le boycott avait été acté sans donner lieu à débat ni vote¹²⁰. Précisément, comme évoqué supra, il s'agissait davantage d'une décision de boycott d'un élu en position d'autorité que d'une incitation à l'abstention d'achat, laquelle se serait inscrite dans le cadre d'une discussion possiblement contradictoire. Ce contexte ainsi que les exigences de neutralité et de réserve qui s'imposaient à un élu local suffisaient, pour la Cour, à justifier la nécessité d'une condamnation pénale. Celle-ci fut au surplus considérée comme étant proportionnée en raison de la somme modique que représentait l'amende dont le maire fut contraint de s'acquitter¹²¹. La doctrine accueillit la décision de la Cour avec une certaine perplexité¹²², tout comme le juge Jungwiert, qui exprima sa dissidence par une opinion séparée, regrettant la sanction d'un élu en raison de ses prises de positions politiques.

C'est finalement le 11 juin 2020 que les juges strasbourgeois purent arrêter une position de principe, en continuité de l'arrêt de la Cour de cassation qui, en 2015, avait confirmé la condamnation pour provocation à la discrimination de quatorze prévenus impliqués dans un appel au boycott devant un magasin Carrefour à Illzach. La décision rendue par la Cour EDH (*Baldassi et autres c. France*) s'avère non seulement plus étoffée que la précédente, mais surtout plus instructive, en ce qu'elle concerne bien une action de militants et de citoyens, non d'un élu. Contrairement à l'affaire *Willem*, il n'y avait ici ni

¹¹⁶ Cour EDH, *Willem c. France*, précité, § 32.

¹¹⁷ *Idem*, § 33.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Cour EDH, 7 décembre 1976, n° 5493/72, *Handyside c. Royaume-Uni*, § 49.

¹²⁰ Cour EDH, *Willem c. France*, précité, § 38.

¹²¹ *Idem*, § 41.

¹²² V. par ex. Nicolas HERVIEU, « Liberté d'expression (art. 10 CEDH) : Décision d'un maire de boycotter des produits étrangers », *Revue des droits de l'homme, Lettres ADL*, 19 juillet 2009 : « *La Cour fait preuve d'une sévérité qui contraste avec sa jurisprudence traditionnellement très protectrice de la liberté d'expression même pour des discours provocateurs* ».

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

violation d’un devoir de neutralité et de réserve ni irrégularité d’un boycott public concurrentiel à un éventuel boycott étatique, ni position d’autorité à l’égard des destinataires du message litigieux¹²³. La Cour mobilisa explicitement ces nuances pour s’affranchir de sa position précédente¹²⁴. Comme dans l’affaire Willem, la Cour EDH ne s’attarda guère sur les deux premières étapes du contrôle de proportionnalité, à savoir l’identification d’un fondement légal et d’un objectif légitime à la restriction de la liberté d’expression. L’article 24 de la loi de 1881 satisfaisait la première exigence. La volonté de protéger les droits commerciaux des producteurs et fournisseurs contentait la seconde. La variable du contrôle de proportionnalité résidait ainsi, tout entière, dans la « *nécessité* » d’une sanction de l’appel au boycott dans une société démocratique.

Pour condamner la France et conclure à la violation de l’article 10 de la Convention, la Cour EDH insista, premièrement, sur l’absence de contrôle de proportionnalité réalisé par les juridictions internes. En se contentant d’une posture de principe selon laquelle l’appel au boycott caractérisait la provocation à la discrimination qui ne saurait entrer dans le droit à la liberté d’expression, le juge interne avait purement et simplement écarté le contrôle concret auquel il était tenu de procéder¹²⁵.

Deuxièmement, la Cour admit classiquement que les autorités nationales disposaient d’une faible marge de manœuvre pour réprimer des discours sur des sujets d’intérêt général. En l’espèce, étaient évoqués le « *respect du droit international public* » et « *la situation des droits de l’homme dans les territoires palestiniens occupés* », sujets qui « *s’inscrivaient dans un débat contemporain, ouvert en France comme dans toute la communauté internationale* »¹²⁶. La marge de manœuvre était d’autant plus faible que l’expression politique et militante – que la Cour se refusa ici de requalifier en discours d’intolérance fondé sur l’origine des producteurs – bénéficie d’une protection renforcée au titre de la Convention¹²⁷. Peu importe leur caractère polémique, voire leur virulence, de tels propos relevaient de l’exercice licite de la liberté d’expression. En tranchant de la sorte, la Cour EDH formula un écho aux conclusions des tiers intervenants, la LDH et la FIDH. Ces derniers l’invitaient à élaborer une présomption de conventionnalité de l’appel au boycott, ce que la Cour fit¹²⁸, susceptible d’être renversée

¹²³ Cour EDH, 11 juin 2020, n° 15271/16 et autres, *Baldassi et autres c. France*, § 65-69.

¹²⁴ *Idem*, § 70.

¹²⁵ *Idem*, § 76-77.

¹²⁶ *Idem*, § 78.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ *Idem*, § 63 : « *Le boycott est avant tout une modalité d’expression d’opinions protestataires. L’appel au boycott, qui vise à communiquer ces opinions tout en appelant à des actions spécifiques qui leur sont liées, relève donc en principe de la protection de l’article 10 de la Convention* ».

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

en cas d’appel à la haine, de propos xénophobes, racistes ou antisémites¹²⁹, ce que la Cour admit également¹³⁰.

In fine, les juridictions internes sont appelées à un rééquilibrage qui passe notamment par une reconsidération de la licéité de la préférence exprimée en matière de consommation, eu égard aux motifs légitimes qui la sous-tendent, aux profils de ceux qui l’évoquent et aux modalités du discours. La liberté d’expression semble prendre le pas – se rapprochant ainsi de la jurisprudence qui prévaut aux États-Unis¹³¹. Pour autant, la Cour EDH n’a pas fait le choix de dénoncer l’usage contentieux de la provocation à la discrimination et ne s’est pas engagée dans le sens d’une remise en cause de l’assimilation de l’abstention d’achat des consommateurs à une discrimination. Ce faisant, la voie demeure ouverte à une poursuite des appels au boycott sous ce chef d’infraction. La primauté de la non-discrimination – à admettre une fois de plus la pertinence de son application – s’impose sans débat sur la liberté individuelle du consommateur et sur sa liberté de conscience, entre autres.

C. Le maintien d’une pénalisation de l’appel au boycott : une qualification de discrimination fragile au mépris de la liberté individuelle

Quatre mois après la condamnation de la France par la Cour EDH, le ministère de la Justice réagit par voie de dépêche adressée aux membres du parquet. Il estimait que la Cour était « venue poser des exigences de motivation supplémentaires » pour les condamnations des appels au boycott et considérait

¹²⁹ *Idem*, § 55-56.

¹³⁰ *Idem*, § 79 : « le discours politique est source de polémiques et est souvent virulent. Il n’en demeure pas moins d’intérêt public, sauf s’il dégénère en un appel à la violence, à la haine ou à l’intolérance. Là se trouve la limite à ne pas dépasser ».

¹³¹ En un sens similaire, aux États-Unis, dès 1982, v. US Supreme Court, *National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) v. Claiborne Hardware Co.*, 458 US 886, n° 81-202, 2 juillet 1982. L’affaire concernait le boycott par une branche locale de la NAACP de certains commerçants blancs à Clairborne County dans le Mississippi, en 1966, boycott auquel avaient pris part plusieurs centaines d’Afro-américains. L’opération de boycott avait pour objectif de forcer le respect par les commerçants visés de diverses demandes en matière d’égalité et de justice raciale (e.g. concernant la manière de s’adresser aux clients Afro-américains). L’opération était principalement non violente, assise à la fois sur la multiplication de propos appelant les consommateurs à ne pas contracter avec les commerçants visés, mais aussi sur la présence permanente devant les commerces (*nonviolent picketing*) ou encore sur la distribution de tracts (*peaceful pamphleteering*). Quelques actes violents et menaces avaient néanmoins eu lieu en parallèle. Concernant les actes non violents, la Cour suprême conclut qu’ils étaient bien l’expression de plusieurs libertés garanties par le Premier Amendement de la Constitution des États-Unis, qu’ils étaient motivés par une triple logique politique, social et économique, et qu’ils devaient ainsi être préservés de toute interdiction étatique. V. p. 911-912 : « *In sum, the boycott clearly involved constitutionally protected activity. The established elements of speech, assembly, association, and petition, ‘though not identical, are inseparable.’* *Thomas v. Collins, supra*, at 323 US 530. *Through exercise of these First Amendment rights, petitioners sought to bring about political, social, and economic change. Through speech, assembly, and petition – rather than through riot or revolution – petitioners sought to change a social order that had consistently treated them as second-class citizens* » ; p. 913 : « *While States have broad power to regulate economic activity, we do not find a comparable right to prohibit peaceful political activity such as that found in the boycott in this case* » ; et p. 915 : « *We hold that the nonviolent elements of petitioners’ activities are entitled to the protection of the First Amendment* ».

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

que la décision *Baldassi et autres c. France* ne remettait « toutefois pas en cause les fondements juridiques de la répression dès lors qu’est caractérisé un appel à la discrimination », que « la Cour européenne n’a donc pas invalidé la possibilité de poursuites des appels au boycott »¹³². Force est de constater que cette lecture de la jurisprudence européenne se révèle pertinente. Le constat de violation de la Convention EDH fut posé à défaut de respect du contrôle de proportionnalité au titre de l’article 10 en l’espèce, et non à défaut de fondement légal à la sanction de l’appel au boycott (*i.e.* article 24 de la loi de 1881 interprété au regard de l’article 225-2 du Code pénal).

Il est vrai que la contestation du fondement légal à la sanction avait déjà été évacuée en quelques lignes dans l’affaire *Willem c. France*¹³³. À aucun moment la Cour ne remet en cause le principe d’une qualification – par répercussion – du boycott citoyen comme acte discriminatoire. À l’inverse, elle confirma qu’un « boycott sur les produits alimentaires » pouvait constituer « un acte positif de discrimination »¹³⁴. Cette permissivité fut maintenue au sujet de l’affaire *Baldassi et autres*. La position actuelle des juges de Strasbourg peut en conséquence être résumée de la manière suivante : si « inciter à traiter différemment ne revient pas nécessairement à inciter à discriminer »¹³⁵, « selon les circonstances qui le caractérisent », un appel au boycott est néanmoins « susceptible de constituer un appel à la discrimination »¹³⁶. En clair, « la Cour n’entend pas mettre en cause l’interprétation de l’article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur laquelle repose ainsi la condamnation des requérants »¹³⁷, et entérine de ce fait l’assimilation du boycott à une entrave à l’exercice normal de l’activité économique des producteurs fondée sur leur origine nationale.

Pourtant, une critique plus radicale de l’usage contentieux de l’article 24 de la loi de 1881 peut être formulée tant il est possible de contester l’assimilation du boycott à une discrimination. Plus sûrement, et en contraste, il pourrait être affilié à une préférence résultant de l’exercice licite de la liberté individuelle. Cette critique se veut plus radicale que celle retenue par la Cour EDH dès lors que l’écueil qu’elle soulève se situe avant même l’examen de la proportionnalité, au stade du fondement légal de la condamnation. En certains points, est ici rejoint le point de vue de la présidente de la cinquième section, actuelle présidente de la Cour EDH, Síoifra O’Leary. Cette dernière estima en dissidence dans l’affaire *Baldassi et autres* qu’« il ne suffit pas de conclure qu’il y a eu violation de l’article 10 de la Convention au simple motif que la condamnation des requérants en question n’était pas fondée sur des motifs

¹³² Ministère de la Justice, dépêche du 20 octobre 2020, DP 2020/0065/A4BIS.

¹³³ Cour EDH, *Willem c. France*, précité, § 29 : « La Cour constate que les juridictions compétentes se sont fondées sur les articles 23 et 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, lesquels renvoient, selon la cour d’appel, aux dispositions des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal. Leurs décisions étaient motivées, comme le soutient le Gouvernement, par un but légitime : protéger les droits d’autrui ».

¹³⁴ *Idem*, § 35 et 38.

¹³⁵ Cour EDH, *Baldassi et autres c. France*, précité, § 69.

¹³⁶ *Idem*, § 64.

¹³⁷ *Idem*, § 74.

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

pertinents et suffisants » (i.e. défaut de justification de la proportionnalité de l’atteinte à la liberté d’expression) ; « *la violation découle plus largement de l’approche adoptée par le droit français à l’égard d’actes de boycott de cette nature* »¹³⁸. Il s’agit donc, principalement, d’un enjeu de légalité¹³⁹. Siofra O’Leary alignait ainsi son propos avec celui du juge Jungwiert qui, onze années plus tôt, avait ciblé « *l’application extensive de la loi sur la presse qui a été faite par les juridictions internes* »¹⁴⁰. Les arguments phares mobilisés en dissidence par la juge irlandaise ne sauraient toutefois résumer la critique sur laquelle nous souhaitons insister. D’une part, parce que le premier de ces arguments nous apparaît pour partie erroné¹⁴¹. D’autre part, parce que le second, quoique pertinent, ne concerne que les faits poursuivis avant 2015¹⁴².

À l’exception des trois hypothèses envisagées en amorce de notre contribution¹⁴³, qui correspondent à des pratiques *spécifiques et avérées* de boycott dont la sanction peut être retenue pour diverses raisons¹⁴⁴, l’assimilation – même indirecte – à une discrimination du boycott citoyen – sans soustraction à la vente de produits – soulève des enjeux de légalité plus vastes que ceux envisagés jusqu’alors. Les écueils de cette assimilation sont multiples et ont été évoqués ci-dessus : l’abstention d’achat d’un produit ne saurait caractériser une *entrave* ; l’activité économique *normale* d’un producteur ne saurait aller jusqu’à englober la revente d’un produit par un tiers qui s’en est d’ores et déjà porté acquéreur et qui fait de sa revente aux consommateurs le cœur de sa propre activité ; la *victime* de l’hypothétique entrave ne saurait être le producteur à moins de s’engager sur la voie de la discrimination par association ; la prise en compte du lieu de fabrication d’un produit ou du lieu d’une activité économique

¹³⁸ *Idem*, opinion dissidente, § 38.

¹³⁹ *Idem*, § 3 : « *Ces questions auraient pu être examinées soit sous l’angle de l’article 7, soit à l’aune du critère de ‘légalité’ posé par l’article 10 § 2 de la Convention* ».

¹⁴⁰ Cour EDH, *Willem c. France*, précité.

¹⁴¹ Le premier argument mobilisé par la juge O’Leary correspond à une ligne de défense récurrente des prévenus. Il cible l’absence de renvoi explicite, au sein de l’art. 24, al. 8, de la loi de 1881, à l’art. 225-2 du Code pénal. Il en résulterait un manque de base légale pour les poursuites fondées sur la loi de 1881 qui visent une entrave à l’activité économique. Cet argument ne peut prospérer dès lors qu’une jurisprudence constante, comme la cohérence normative, exige que la notion de discrimination insérée dans la loi de 1881 soit bien interprétée au sens de la qualification pénale, laquelle est bien précisée par l’art. 225-2 du Code pénal qui mentionne l’entrave à l’activité économique.

¹⁴² La seconde réserve exprimée par Siofra O’Leary est relative au moment de l’engagement des poursuites en l’espèce, à savoir en 2009, à une date antérieure à l’arrêt de principe de la Cour de cassation qui trancha les dissensions jurisprudentielles en 2015. Il en résulterait une absence de prévisibilité de la sanction au moment des faits, sanction dès lors intervenue en contradiction avec l’art. 7 de la Convention EDH et du principe de non-rétroactivité de la loi pénale. Cet argument, aussi valable soit-il, est éminemment relatif et n’intéresse guère les appels au boycott postérieurs à 2015, dont la licéité peut malgré tout être soutenue.

¹⁴³ *Confé I, a*).

¹⁴⁴ La sanction du boycottage correspond à l’esprit de la loi de 1977 – lorsqu’il ne se contente pas d’appliquer des directives gouvernementales – et permet plus aisément la caractérisation de l’entrave à l’activité économique des producteurs et fournisseurs. Le boycott citoyen, à la condition qu’il se manifeste par la soustraction à la vente des produits, peut également permettre de caractériser l’entrave, non plus à l’égard des producteurs et fournisseurs mais des enseignes chargées de la revente des produits aux consommateurs, éventuellement dans le cadre de la discrimination par association. Dans ces deux cas, des réserves demeurent néanmoins quant au motif discriminatoire du boycott. Quant au boycott par un élu, il s’avère concurrentiel à l’embargo qui relève de la compétence diplomatique exclusive de l’État, ce qui fonde possiblement son irrégularité.

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

ne saurait être automatiquement requalifiée en une prise en compte de l’origine du producteur pour saisir le *motif* du boycott ; la démarche politique, éthique ou juridique qui soutient la plupart des activités de boycott constitue un élément objectif étranger à toute discrimination qu’il importe de considérer.

Au surplus, quoiqu’il soit toujours particulièrement périlleux de s’engager sur la voie d’une argumentation mobilisant la volonté (*a fortiori* au singulier !) du législateur, il est possible de souligner les réticences manifestées à l’occasion de l’adoption de la loi du 7 juin 1977. Le risque d’une pénalisation de pratiques considérées comme légitimes fut régulièrement soulevé dans le cadre des débats parlementaires, spécialement en ce qui concerne les boycotts à l’initiative de particuliers¹⁴⁵, ceux amorcés en soutien des résolutions des Nations Unies¹⁴⁶, ceux qui ciblent principalement la politique des États¹⁴⁷, ainsi que ceux entrepris afin de lutter contre des pratiques de discriminations raciales¹⁴⁸. Pourtant, la principale utilisation contentieuse de la loi du 7 juin 1977 sur ce point aboutit de nos jours, précisément, à la sanction d’appels au boycott qui cumulent ces quatre caractéristiques – la campagne BDS que relaient les citoyens et militants en appui des résolutions des Nations unies et de l’avis de la Cour internationale de justice ayant pour cible la politique d’un État en raison de ses pratiques discriminatoires systématiques. Assurément, il convient de relever ici un certain paradoxe.

Ces multiples réserves soutiennent la mise à l’écart de la qualification de discrimination pour les boycotts citoyens. Dès lors que cette qualification de discrimination tombe, l’enjeu ne se présente plus – du moins plus de manière pertinente – sous la forme d’une conciliation de droits fondamentaux : droit à la non-discrimination d’une part, liberté d’expression de l’autre. À l’exception des actes susceptibles d’être poursuivis sous d’autres chefs d’infraction (*e.g.* appel à la haine, à la violence, diffamation, injure), le boycott citoyen devrait même être assimilé – comme aux États-Unis – à un exercice licite de

¹⁴⁵ « *Les particuliers sont écartés de l’application de ces articles en cas de motif légitime* » (JORF, mardi 17 mai 1977, n° 29 S, p. 970).

¹⁴⁶ Jean-Pierre Cot : « *Je ne souhaitais pas que l’on puisse, en vertu de ce texte, poursuivre pénalement des personnes qui s’étaient associées à une action gouvernementale en application, par exemple, d’une résolution des Nations Unies* » (JORF, 4 mai 1977, AN, p. 2429).

¹⁴⁷ Pierre-Bernard Reymond, en réaction à un amendement interdisant l’entrave fondée sur l’origine nationale : « *Si cet amendement était adopté, il s’agirait, en fait, [de sanctionner le] boycott non pas d’une personne, mais d’une nation, ce qui priverait le Gouvernement de toute possibilité en matière de politique internationale* » (JORF, mardi 17 mai 1977, n° 29 S, p. 970). V. encore la formule du ministre délégué de l’Économie et des Finances : « *la discrimination à l’égard d’un État n’est pas assimilée à une discrimination ethnique, raciale ou religieuse* » (JORF, mardi 17 mai 1977, n° 29 S, p. 970).

¹⁴⁸ Jean-Pierre Cot : « *N’oublions pas, que c’est précisément à propos de discriminations raciales que de telles mesures ont été mises en place par l’organisation internationale* » (JORF, mardi 30 novembre 1976, n° 115 AN, p. 8807). En un sens proche, dans l’affaire *National Association for the Advancement of Colored People v. Claiborne Hardware Co.*, tranchée par la Cour suprême des États-Unis le 2 juillet 1982, il fut tenu compte de la motivation antidiscriminatoire du boycott afin de conclure à sa pleine légalité – concernant ses dimensions non violentes. V. US Supreme Court, *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, précité, 458 US 914 : « *the purpose of petitioners’ campaign was not to destroy legitimate competition. Petitioners sought to vindicate rights of equality and of freedom that lie at the heart of the Fourteenth Amendment itself. The right of the States to regulate economic activity could not justify a complete prohibition against a nonviolent, politically motivated boycott designed to force governmental and economic change and to effectuate rights guaranteed by the Constitution itself* ». V. aussi p. 919 : « *Petitioners withheld their patronage from the white establishment of Claiborne County to challenge a political and economic system that had denied them the basic rights of dignity and equality that this country had fought a Civil War to secure* ».

R. Medard Inghilterra, « Les discours et les choix ‘discriminatoires’ des consommateurs : réflexions autour du boycott », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 121-157

la liberté individuelle, saisie sous diverses dimensions¹⁴⁹. Le choix des motifs à l’action paraît d’abord relever de la liberté de conscience. Telle était l’argumentation des requérants dans *Baldassi et autres c. France* (« leur objectif, clairement affiché, assumé et répété, est d’inciter le consommateur à exercer sa liberté de conscience, en distinguant les produits de consommation sur la base de critères politique, humaniste et juridique »¹⁵⁰ ; pratique de boycott qui « s’inscrit dans une longue histoire de protestation ou de contestation civiques non violentes, destinées à informer les consommateurs sur le sens politique économique et éthique de leurs achats »¹⁵¹). Outre le choix des motifs à l’action, le choix de l’action lui-même paraît ensuite relever de la liberté contractuelle. La consommation repose tout entière sur la multiplication des contrats de vente et le consommateur demeure libre de choisir son cocontractant lorsqu’il dispose de son patrimoine. Là aussi, ce point fut soulevé à Strasbourg, sans succès apparent (« Il s’agit ensuite de l’émergence des droits des consommateurs, dont celui d’être libre de choisir le produit qu’ils achètent en raison de motifs tirés de multiples considérations »¹⁵²). À la liberté de conscience et à la liberté contractuelle pourrait encore s’ajouter la liberté de disposer de ses biens au titre du droit de propriété, liberté dont il est généralement admis qu’elle puisse procéder d’une grande discrétion. La pratique litigieuse pourrait alors, sous cet angle, être perçue non comme un acte discriminatoire mais comme le simple exercice licite de la liberté individuelle et de ses différentes déclinaisons.

¹⁴⁹ V. *supra* note 131.

¹⁵⁰ Cour EDH, *Baldassi et autres c. France*, précité, § 50.

¹⁵¹ *Idem*, § 30.

¹⁵² *Ibidem*.